

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER
FACULTÉ DE DROIT & DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

LE CONTROLE JURIDICTIONNEL ET LA GARANTIE DES LIBERTÉS PUBLIQUES

THÈSE POUR LE DOCTORAT D'ÉTAT

présentée et soutenue le 12 Mars 1966

par

MICHEL DRAN

MEMBRES DU JURY :

Président : A. CASTAGNÉ, Professeur

Suffragants : G. PEQUIGNOT, Doyen de la Faculté de Droit et des
Sciences Economiques de Montpellier

L. DELBEZ, Professeur

J. DEHAUSSY, Doyen de la Faculté de Droit et des
Sciences Economiques de Dijon

P A R I S

LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS

20, Rue Soufflot, 20

1968



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548305_0008

**LE CONTROLE JURIDICTIONNEL
ET LA GARANTIE DES LIBERTÉS PUBLIQUES**

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER
FACULTÉ DE DROIT & DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

LE CONTROLE JURIDICTIONNEL ET LA GARANTIE DES LIBERTÉS PUBLIQUES

THÈSE POUR LE DOCTORAT D'ÉTAT

présentée et soutenue le 12 Mars 1966

par

MICHEL DRAN

MEMBRES DU JURY :

Président : A. CASTAGNÉ, Professeur

Suffragants : G. PEQUIGNOT, Doyen de la Faculté de Droit et des
Sciences Economiques de Montpellier

L. DELBEZ, Professeur

J. DEHAUSSY, Doyen de la Faculté de Droit et des
Sciences Economiques de Dijon

P A R I S

LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS

20, Rue Soufflot, 20

1968



La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses.
Ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.

PRINCIPALES ABREVIATIONS

A.J.D.A.	: L'actualité juridique (Droit administratif).
Ass. plén.	: Arrêts du Conseil d'Etat rendus en Assemblée plénière.
Bull. civ.	: Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation, chambres civile et commerciale.
Bull. crim.	: Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation, Chambre criminelle.
Cass. Civ.	: Arrêts de la Cour de Cassation, chambre civile.
Cass. Com.	: Arrêts de la Cour de Cassation, chambre commerciale.
Cass. Crim.	: Arrêts de la Cour de Cassation, chambre criminelle.
Cass. Req.	: Arrêts de la Cour de Cassation, chambre des requêtes.
C.C.	: Conseil Constitutionnel.
C.E.	: Conseil d'Etat.
Chr.	: Chronique.
D.A.	: Droit administratif.
D.	: Dalloz.
D.S.	: Droit Social.
E.D.C.E.	: Etudes et documents du Conseil d'Etat.
G.A.J.A.	: Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, par MM. Long, Weil et Braibant, 4 ^e édition Sirey 1965.
G.P.	: Gazette du Palais.
I.C.E.	: L'Informateur du Chef d'Entreprise.
J. cl. adm.	: Jurisclasseur administratif.
J.C.P.	: Jurisclasseur périodique (La semaine juridique).
J.O.	: Journal Officiel.
J.O. Débats A.N.	: Journal Officiel, débats de l'Assemblée Nationale.
R.A.	: La revue administrative.
R.D.P.	: Revue du droit public et de la science politique.
Rec.	: Recueil Lebon (recueil des arrêts du Conseil d'Etat, du Tribunal des Conflits et des tribunaux administratifs).
R.F.S.P.	: Revue française de science politique.
R.I.S.A.	: Revue internationale des sciences administratives.
R.P.D.A.	: Revue pratique de droit administratif.
S.	: Sirey.
T.A.	: Tribunal Administratif.
T.C.	: Tribunal des Conflits.

INTRODUCTION

« Peut-être n'y a-t-il pas de question plus simple que celle de la liberté ; mais il n'y en a point que les hommes aient plus embrouillée. »

(VOLTAIRE)

Facteur d'intégration de l'activité individuelle dans la vie collective et l'ordre social, la protection des libertés publiques apparaît comme le point commun des deux grandes tendances qui s'affrontent en tout homme : le désir d'une liberté toujours plus profonde et, en même temps, l'aspiration à un certain ordre et une organisation qui impliquent, outre l'existence d'une autorité, l'affirmation d'une solidarité entre individus.

Liberté : peut-être parce qu'il tient du mirage et du miracle, le mot se dérobe dès qu'on veut le cerner. A vrai dire, les horizons en sont immuables, mais la façon dont ils sont éclairés et appréhendés varie constamment. On voudrait le retenir pour qu'il en dise moins et davantage, mais le pourrait-il ? Ecrivains, penseurs, philosophes, sociologues, juristes, moralistes, poètes, peintres, musiciens, mystiques, révolutionnaires, hommes politiques, tous, lutteurs ou non violents, ont fait entendre à chaque époque la voix de la liberté.

L'approche du concept de liberté n'en est alors que plus difficile, car chacun le découvre à travers l'écran de son idéal, de ses désirs et de ses aspirations et dans le cadre de civilisations diverses qui, semblables à l'air du temps, marquent de leur empreinte ceux qui les

construisent. Aussi, plutôt que de tenter de définir la liberté — c'est l'affaire des philosophes et des encyclopédistes (1) — est-il préférable d'essayer de la rendre viable pour des hommes vivant en société.

§ 1. - De la liberté aux libertés publiques.

1. Dans sa solitude, tel qu'il est en lui-même, l'homme peut penser à sa guise, car au stade intérieur tout lui est permis : c'est le règne de la philosophie, qui ne connaît aucune limite. Mais ses pensées et ses choix se manifestent normalement par des comportements extérieurs et, à partir de ce moment, risquent de se heurter à ceux de ses voisins. C'est sur le plan des rapports de l'homme avec ses semblables que le problème de la liberté se pose avec le plus d'acuité. Sa gravité s'est d'ailleurs accrue à l'époque contemporaine dans la mesure où se sont fait jour certains déterminismes économiques ou sociaux qui ont des conséquences jusque sur le plan des options personnelles et, en fait, suppriment parfois la liberté intérieure elle-même.

On voit dès lors ce qui sépare la liberté, idée abstraite, objet de recherches sans fin, des libertés, c'est-à-dire de la liberté projetée sur les rapports entre les hommes. Là se différencient la vision du philosophe et celle du juriste, et l'étude de la liberté fait alors partie du présent : elle en devient une composante, par le caractère concret qu'elle acquiert à travers les relations humaines.

(1) M. Paul ROBERT, dans son « Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue français », la définit ainsi :

- I. - Sens étroit :
 - 1) Etat, situation de la personne qui n'est pas sous la dépendance absolue de quelqu'un ;
 - 2) Situation de ce qui n'est pas retenu captif.
- II. - Sens large : Etat de ce qui ne subit pas de contrainte.
- III. - Dans le domaine politique, social :
 - 1) Pouvoir d'agir, au sein d'une société organisée, selon sa propre détermination, dans la limite de règles définies ;
 - 2) Absolument : « Absence ou suppression de toute contrainte considérée comme anormale, illégitime, immorale » (Lalande).
 - 3) Particulièrement : Pouvoir que la loi reconnaît aux individus dans tel ou tel domaine.
- IV. - Dans le domaine philosophique et psychologique :
 - 1) Caractère indéterminé de la volonté humaine ;
 - 2) Liberté morale : « Etat de l'être qui agit avec pleine conscience et après réflexion » (Cuvillier).

Paradoxalement cependant, cet aspect pratique qui aide à situer la notion de liberté, se révèle également être source de difficultés. La liberté en soi, si chère au philosophe, fait partie du domaine de l'esprit et peut être appréhendée de différentes manières : partiellement, sous certains de ses aspects ou dans son tout. Elle peut rester vague et indéterminée, ou n'être saisie qu'imparfaitement. Au contraire, les libertés, parce qu'elles ont une incidence sur les relations entre les hommes, demandent à être connues et déterminées avec une grande précision. On ne peut plus se permettre à leur égard de rester dans l'abstrait ou dans un pur idéalisme ; ou plutôt, on ne devrait pas se le permettre, car la réalité prouve qu'il est très difficile de savoir quelles sont les libertés. L'homme, en effet, est en changement constant : nul n'est seul deux fois de la même façon, et les libertés suivent cette évolution, en se modelant aux circonstances.

La mutation due à l'individu lui-même s'ajoute ainsi aux limitations qu'impose la vie en société pour donner aux libertés un caractère imprécis et mouvant, aux frontières de l'inconnaissable. Dans ces conditions, pour que leur fragilité ne les fasse pas rester dans le domaine de l'irréalité et de l'incertitude, il est normal de concevoir que leur reconnaissance et leur exercice doivent faire l'objet d'une protection spéciale.

Or, cette protection, à qui la demander, sinon à ceux que les hommes acceptent ou délèguent pour les diriger et régler leurs rapports réciproques : les gouvernants, le pouvoir organisé, investi de l'autorité politique. Apparaît alors la notion de libertés publiques, c'est-à-dire de libertés qui impliquent, pour s'exercer, une reconnaissance officielle par le pouvoir et une protection de sa part, contre les atteintes que les particuliers pourraient leur faire subir, et aussi contre lui-même.

2. De degré en degré — de la liberté aux libertés, et des libertés aux libertés publiques — on parvient ainsi à un concept plus réaliste et plus concret. Les libertés publiques concernent en effet au premier chef la vie quotidienne et c'est pourquoi chacun doit se sentir directement concerné et essayer de retrouver, à travers elles, sinon une raison de vivre, du moins une aide qui lui permette de s'exprimer pleinement.

Les libertés publiques sont donc l'expression concrète de la liberté des hommes vivant en société, et c'est dans cette mesure que le Droit les appréhende. En les définissant, les auteurs relèvent tous ce caractère, depuis les classiques (Duguit, Hauriou, Jèze,

Laferrière, Barthélémy, Carré de Malberg) jusqu'aux contemporains. Pour M. Rivero, ce sont « des pouvoirs qui appartiennent aux hommes dans le cadre de la vie sociale, pouvoirs qui appellent, pour s'exercer, reconnaissance et aménagement par l'Etat ». (2) Et il précise un peu plus loin : « Les libertés publiques sont un ensemble de droits considérés, dans un certain état de civilisation, comme fondamentaux pour le développement de la personne, et appelés comme tels à bénéficier d'une protection juridique spéciale » (3).

M. Colliard, de son côté, écrit : « Certains systèmes de civilisation admettent l'existence au profit des individus de certains droits reconnus, organisés et protégés par l'Etat. Ce sont ces droits qu'on appelle les libertés publiques » (4). Pour M. Waline, une liberté publique est « un ordre d'activités des citoyens dont le législateur ou le constituant a présumé que l'exercice ne donnerait pas lieu normalement à des abus, et que par conséquent, il y avait lieu d'autoriser une fois pour toutes, et même de garantir » (5). De même, M. Robert affirme que « la liberté, c'est en somme le pouvoir qui appartient à tout individu d'exercer et de développer son activité physique, intellectuelle et morale, sans que l'Etat y puisse apporter d'autres restrictions que celles qui leur sont nécessaires pour sauvegarder la liberté de tous » (6).

Ainsi, facultés d'agir reconnues à l'homme, les libertés publiques sont celles que l'Etat reconnaît et garantit aux individus. Elles visent à faire apparaître l'homme à travers le droit, non un homme symbolique et, partant, imaginaire, mais chaque homme, vivant à une époque donnée, dans une société et un milieu bien définis.

§ 2. - Les dangers courus par les libertés publiques.

A la vérité, pourtant, cette première esquisse se présente plutôt comme une approche assez superficielle et soulève les questions plus qu'elle ne les résout. Par sa mouvance et son dynamisme, le

(2) « Cours de libertés publiques » 1962-1963, *Les Cours de Droit*, Ed. Cujas, Paris, p. 8.

(3) *Id.* p. 13.

(4) « Libertés publiques », Précis Dalloz 1959, p. 10.

(5) « Traité de Droit administratif », Sirey, 1963, n° 1095, p. 651.

(6) « Les violations de la liberté individuelle commises par l'Administration (le problème des responsabilités) », Paris, L.G.D.J., 1956.

problème des libertés publiques ne peut être que celui d'une réduction d'incertitudes et d'un compromis de tous les instants. Il serait trop simple et trop facile d'énoncer quelques principes rassurants et de considérer que leur application supprimerait toute difficulté. L'histoire ne fourmille-t-elle pas d'hommes célèbres qui, professeurs d'espérance, ont voulu répondre à l'insoluble ?

1. Cependant, la difficulté qui au départ se posait à eux était et reste toujours la même : résoudre la contradiction entre la co-existence des autonomies individuelles et la contrainte sociale, incarnée par les règles et commandements du pouvoir. Principe anarchique, au sens propre, et principe d'autorité voisinent côte à côte et cherchent à s'exclure pour se développer. Et pourtant, l'un et l'autre sont nécessaires : l'homme n'est pas un Robinson isolé, et la vie en société, indispensable autant qu'inéluctable, implique la présence d'une autorité ; réciproquement, il ne doit pas être aliéné totalement par le pouvoir jusqu'à perdre toute disposition de lui-même. La liberté et l'Etat doivent donc être construits ensemble, afin de ne pas se détruire mutuellement. Au sein de l'Etat compréhensif de la liberté, il sera nécessaire d'aménager celle-ci pour en concilier les exigences avec celles du pouvoir, dans un équilibre qui fasse la part de chaque composant : liberté et pouvoir.

Il suit de là que les menaces qui pèsent sur les libertés publiques peuvent émaner non seulement des particuliers mais aussi et surtout de l'Etat lui-même. L'option fondamentale devient alors la suivante : pour protéger les libertés contre les atteintes des particuliers, il faut un pouvoir fort qui, seul, dispose d'armes suffisantes pour leur imposer le respect de leurs libertés réciproques. Mais les organes dans lesquels un tel pouvoir s'incarne seront tentés de profiter de leur position pour étouffer les libertés, selon la formule classique de Montesquieu. Il sera donc nécessaire de protéger la liberté contre le pouvoir, quel qu'il soit.

Réclamer protection à la fois par le pouvoir et contre le pouvoir, voilà bien le drame quotidien et sans cesse renouvelé de l'homme. Depuis l'antiquité, il essaie d'affirmer sa liberté à l'encontre du pouvoir et lutte pour que les prérogatives des gouvernants, si forts et si puissants soient-ils, trouvent une limite dans l'obligation de reconnaître aux gouvernés un minimum de droits individuels, c'est-à-dire un domaine que l'Etat n'aura pas, normalement, le pouvoir de restreindre discrétionnairement. Constamment, il montre son souci de faire une place aux droits de l'indi-

vidu en tant que tel face au développement d'un pouvoir étatique peut-être inévitable, mais qui n'en constitue pas moins une menace réelle pour chacun des gouvernés.

2. La proclamation, à la fin du 18^{me} siècle, de l'existence de droits individuels, et la consécration de limites au pouvoir des gouvernants, n'ont constitué par elles-mêmes que l'aspect négatif des libertés publiques, essentiel mais provisoire, l'Etat devant s'abstenir d'entraver les sphères d'activité qu'il reconnaît aux individus. Par suite de l'évolution économique et sociale que connurent le 19^{me} siècle et surtout la première moitié du vingtième, la notion négative de la liberté allait être rapidement dépassée. Affirmer de manière solennelle, comme le faisait la Déclaration des droits de l'homme de 1789 que « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit » (art. 1^{er}), donnait un fondement indiscuté aux libertés publiques, mais faisait en même temps obligation aux gouvernants et aux institutions à venir de garantir leur sauvegarde.

Il ne suffit pas, en effet, que le pouvoir reconnaisse la liberté et garantisse certaines facultés d'agir en s'abstenant de les entraver, il faut aussi que les individus aient les moyens concrets d'exercer respectivement leurs libertés et d'en jouir. Conçues au départ contre le pouvoir, les libertés ont finalement été prises en charge par l'Etat. Tel est l'aspect positif et nouveau des libertés publiques : les conditions de vie des 19^{me} et 20^{me} siècles montrent que l'abstention de l'Etat, considérée comme le meilleur service à rendre aux libertés, était un danger pour les libertés mêmes car les individus ne peuvent résister, dans leur isolement, aux grands courants économiques et sociaux nés des conditions techniques d'existence à l'époque contemporaine, lesquelles entraînent l'Etat à prendre en charge les libertés.

L'abstention fait donc place à la prise en charge, car le maintien des libertés publiques n'est efficacement assuré que lorsque l'Etat ne se borne pas à prendre garde de ne pas y porter atteinte, mais assume la mise en œuvre de leur contenu en admettant qu'elles créent pour lui de véritables obligations. L'effort des individus pour obtenir des gouvernants l'exercice effectif des prérogatives reconnues à l'homme d'une manière abstraite est une des caractéristiques de l'époque contemporaine. Pour user de ses libertés, l'homme ne doit pas être dans une situation trop misérable ni trop inférieure. Seul, il est écrasé par des forces qui le dépassent infiniment, machines infernales, gigantesques Molochs.

3. Sous cet aspect, le problème a d'ailleurs des racines qui débordent la question des libertés individuelles, car celles-ci, dans

un pays donné, ont besoin pour s'épanouir d'un minimum de bien-être, sinon elles ne peuvent pas même exister. Les pays pauvres, ou sous-développés, connaissent deux préoccupations essentielles : le problème de leur liberté nationale, de leur indépendance, et celui de la survie, de la faim. Ceci ne laisse que peu de place aux libertés individuelles : comment faire survivre une population que la médecine fait naître et que la technique n'est pas encore capable de nourrir ? La véritable bataille est celle du développement, et ce n'est que lorsqu'elle est gagnée que se pose la question des rapports entre l'individu et la société. Franchi le cap de la misère, de nouveaux besoins apparaissent et au premier rang de ceux-ci, les libertés inhérentes à l'individu et ne s'appelant libertés publiques que parce qu'elles sont opposables à l'Etat. Telle est du moins la conception occidentale des libertés publiques : est-elle absolue et éternelle ? Ceci est un autre problème et il est possible que la conception de la sagesse hindoue, du mysticisme oriental, ou du fatalisme arabe assure aux habitants de ces régions un certain sentiment de sérénité et de liberté...

Toujours est-il que l'existence et l'épanouissement des libertés devant des forces, aveugles ou conscientes, qui ne visent qu'à les étouffer ou à les faire demeurer lettre morte, apparaissent comme l'enjeu d'une lutte continuelle à une époque où les foyers d'incendie qui se propagent dans le monde témoignent de la violence et de l'ampleur du risque et traduisent sur le plan politique ce que certains ont appelé la « décadence » (7), le « déclin » (8) ou la « crise » des libertés publiques (9).

Cause essentielle de cette transformation, le changement des conditions de vie est lui-même dû, sur le plan social, à l'apparition du phénomène de masse et à ses majorités sans nuances, sur le plan économique à l'essor industriel et aux mutations des moyens de production, et au stade technique, à l'extraordinaire développement des moyens de diffusion de la pensée, instruments parfaits pour dicter des consignes et des mots d'ordre.

Par dessus tout cela, la guerre, ouverte ou froide, avec son cortège de passions, de vengeances et d'excès, n'a pas manqué de créer un climat de suspicion et d'incertitude propre à réduire au silence les libertés. Les complicités, les acquiescements, les tolé-

(7) Daniel HALÉVY : « Décadence de la liberté », 1930.

(8) J. RIVERO, Cours précité, p. 4.

(9) COLLIARD : « Libertés publiques », pp. 12-13.

rances les rendent à la fois si lointaines et si précaires qu'on les regarde alors avec un doute et un étonnement mêlés de résignation.

Telles sont les menaces les plus graves qui pèsent, de nos jours, sur les libertés publiques : menace de ne pas exister, menace de voir leur reconnaissance demeurer vaine ou platonique, menace des particuliers, des groupes, du pouvoir, menaces de la société, des supports économiques, de la propagande, des techniques audiovisuels, menaces enfin à l'intérieur des libertés elles-mêmes, certaines se limitant et s'excluant entre elles, d'autres se détruisant elles-mêmes.

§ 3. - Le problème de la protection des libertés publiques.

Leur fragilité étant extrême et constante leur évolution, on conçoit dès lors que les libertés publiques demandent pour s'exercer et s'épanouir non seulement un aménagement spécial, mais encore et surtout un système de protection particulièrement efficace. Car les libertés ne valent en pratique que ce que valent leurs garanties. Poser leur principe et organiser leur régime ne suffit pas : il faut que le titulaire de la liberté dispose de moyens pour la faire respecter, au cas où elle serait méconnue ou violée. Un régime de droit positif des libertés doit donc comporter des garanties et des sanctions efficaces, sous peine de demeurer théorique. C'est à ce prix que les libertés publiques auront ce caractère concret, réel et vivant, qui les rend si précieuses à l'homme et si indispensables à son existence. « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée... n'a point de constitution », énonce la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 (art. 16).

La protection des libertés publiques peut être assurée selon différentes modalités :

I. CONTRÔLE NON JURIDICTIONNEL. — On peut songer, tout d'abord, à la confier d'une manière générale à des organismes spécialisés, sans intervention directe nécessaire des intéressés. Tel est le système en vigueur dans la plupart des démocraties populaires où existent en matière économique et sociale, un corps de contrôleurs populaires, et sur le plan juridique, un organisme chargé d'exercer un contrôle hiérarchique sur les actes des autorités administratives ; la « Prokuratura ».

a) *Contrôle populaire* : dans le domaine économique et social, les résultats des différentes activités font l'objet d'une appréciation et d'un rapprochement avec les objectifs visés par le plan afin de

constater les défaillances et les fautes commises. Le but de ce contrôle est de rechercher l'utilité économique, mais aussi d'apprécier la légalité des mesures prises, l'objectif fixé par le plan devant être atteint par des moyens légaux. Une collaboration étroite s'instaurera donc entre les organes du contrôle populaire et les procureurs.

Le contrôle populaire est exercé par des organes représentatifs élus directement par le peuple, et présente un caractère tout à fait général ; il embrasse l'ensemble des activités d'ordre économique et social : production, distribution, consommation, prestations sanitaires, sociales, culturelles. Il s'exerce dans l'intérêt général et protège les intérêts du peuple contre toute tendance particulariste. Surtout, son aspect sanctionnateur se double d'un aspect éducatif, les organes de contrôle devant veiller à ce que fautes et défaillances soient éliminées. Le contrôle s'exerce ainsi d'une manière préventive, par des conseils aux organes contrôlés, des directives concernant l'amélioration du travail, une assistance théorique et pratique qui ne va pas cependant jusqu'à la prise en charge des compétences de l'organe contrôlé.

Extérieur et général, le contrôle populaire est exercé la plupart du temps sous forme collégiale, chaque organe d'un échelon supérieur pouvant annuler les décisions des organes de degré inférieur. Il prend essentiellement deux formes : l'examen des comptes rendus émanant des organes contrôlés, le contrôle sur place et sur pièces. Pour lutter contre le bureaucratisme, la corruption, les intérêts particuliers et contribuer à la protection de la propriété sociale, les organes de contrôle disposent d'assez larges prérogatives : ils peuvent mener leur enquête sur place et ont accès aux locaux et aux dossiers ; s'ils relèvent une infraction (au sens pénal), ils doivent saisir les organes policiers ou le ministère public ; s'il s'agit d'une mauvaise administration, d'une malveillance ou d'une difficulté quelconque, ils doivent informer d'abord l'organisme qui fait l'objet du contrôle, celui-ci devant rendre compte par la suite des mesures prises pour régulariser la situation. Les organes de contrôle peuvent encore tenter une procédure disciplinaire contre les fonctionnaires, mettre en œuvre, par l'intermédiaire du ministère public, des poursuites judiciaires aux fins de réparation des dommages causés, ordonner la suspension d'office d'un employé ou d'un chef d'entreprise, bloquer les moyens financiers pendant l'examen de l'affaire, à l'exception des salaires et des investissements urgents.

Ainsi, bien que n'étant pas spécialement destiné à protéger la légalité, le contrôle populaire contribue cependant efficacement à

ce que soient limités et sanctionnés les cas de violation de la loi, et s'ajoute en cela au contrôle général exercé par les organes du ministère public.

b) *Contrôle général exercé par les organes du ministère public : la Prokuratura.*

Il n'existe pas en principe de contrôle juridictionnel de l'Administration, mais un contrôle hiérarchique exercé par un organisme puissant et important, la Prokurata, s'apparentant à notre Ministère Public et dont le rôle est de beaucoup supérieur à celui-ci. C'est une grande administration, fortement structurée, chargée de veiller à la légalité des actes des autorités administratives, en exerçant une surveillance générale. Elle est la gardienne de l'ordre et de la légalité socialiste, aussi bien en ce qui concerne l'Administration que les citoyens, et impose à tous le respect de la ligne de la légalité.

La surveillance ainsi exercée renforce le contrôle hiérarchique, par les autorités placées à l'échelon supérieur de celui de l'autorité dont la décision est contestée. La Prokuratura, en effet, déclenche la procédure du contrôle hiérarchique ; parallèlement aux échelons de l'administration se trouvent ses propres échelons et, à tous degrés, les procureurs surveillent l'administration, en avertissant les supérieurs hiérarchiques. Ce n'est pas une juridiction, mais un organisme de surveillance et de déclenchement — de « dé clic », pourrait-on presque dire — sur lequel repose le monolithisme de l'action administrative. (L'administration agit légalement, écrit M. Jaroszynski, lorsqu'elle remplit les objectifs visés par le droit en se servant des moyens et des modalités reconnus ou admis par le droit, tout en respectant les intérêts individuels des citoyens reconnus et protégés par le droit) (10). Cette définition de la légalité ne peut se comprendre qu'à la lumière des « objectifs prédominants d'un Etat populaire, notamment la transformation et la création de rapports sociaux nouveaux par l'action directe de l'appareil de l'Etat ». Et, ajoute l'auteur, « c'est justement l'accomplissement de cette œuvre créatrice qui constitue l'aspect essentiel du problème de la légalité dans une démocratie populaire » (11).

C'est à l'intérieur de ce cadre que s'inscrit le contrôle général exercé par le procureur. Lorsqu'il constate une violation de la loi,

(10) « Le principe de légalité dans l'Administration de la République populaire de Pologne », E.D.C.E., 1958, p. 227.

(11) *Idem.*

il élève opposition contre la décision et adresse une réclamation à l'organe hiérarchique supérieur à l'autorité administrative en cause, chargé de l'examiner. Il peut ordonner le sursis, la décision ne pouvant alors être exécutée avant que les organes supérieurs ne se soient prononcés. Les avantages d'un tel système sont nombreux, car la surveillance s'exerce à la fois à l'égard des organes administratifs et des organes du contrôle populaire. En outre, les procureurs sont indépendants, tant de l'administration et du gouvernement que des conseils populaires. Enfin, ce contrôle est un facteur d'uniformisation des procédures administratives, en raison de son organisation fortement centralisatrice.

Pourtant, quel que soit le rôle joué par les organes du contrôle populaire et de la Prokuratura, il leur est difficile bien souvent d'échapper à la tentation de l'opportunité, voire de l'opportunisme. On ne prend pas facilement l'habitude dans une espèce particulière de préférer la règle générale à des considérations qui peuvent sembler plus pressantes et plus impératives. C'est la raison pour laquelle certaines démocraties populaires (en particulier la Pologne et la Hongrie) ont institué, à côté des juridictions populaires, des juridictions composées de magistrats professionnels et spécialisées dans le contrôle de la légalité, se rapprochant en cela du système en vigueur dans les démocraties occidentales.

II. LES GARANTIES THÉORIQUES : LE CADRE DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL. — Celles-ci connaissent tout d'abord, sur le plan institutionnel, un certain nombre de *garanties théoriques*. Principe démocratique, séparation des pouvoirs, principe de légalité, suprématie de la Constitution : la vie des hommes, dans notre société, est régie par de tels principes dont l'étude montre que tous, de près ou de loin, ont pour objet d'aboutir à la garantie des libertés. L'intention est louable, mais laisse planer quelque doute quant au résultat obtenu. Un tel concert, en effet, devrait reléguer le contrôle juridictionnel au rang de pièce de musée ou de satisfaction de l'esprit. Car, ou bien ces garanties s'avèrent efficaces, et le juge n'aura d'autre mission que d'assister à leur mise en œuvre ; ou bien elles ne sont pas suffisantes, et ne constituent qu'un climat propre à faciliter l'exercice et la portée du contrôle juridictionnel, celui-ci tenant un rôle essentiel et irremplaçable.

Or, c'est effectivement un climat, un cadre, qu'établissent les principes traditionnels, plus qu'une garantie directe. En effet, la difficulté naît à chaque instant de l'inévitable séparation qui existe entre la stabilité, la permanence des institutions et le perpétuel changement dans les besoins et les désirs de l'homme. Peut-on met-

tre du vin nouveau dans de vieilles outres ? Ce serait oublier que lorsqu'un procédé d'expression est institutionnalisé, il entre dans un cadre et, par là-même, se fixe, s'immobilise, échappant au temps et à la mouvance qui sont le propre de la vie.

1) Ainsi en est-il du *phénomène démocratique*, présenté traditionnellement comme le vase d'élection des libertés publiques, la serre qui protège et favorise leur épanouissement. En réalité, est-ce la démocratie qui assure la liberté, ou la liberté qui fonde la démocratie ? Lorsque les gouvernants ne satisfont plus les aspirations des gouvernés et abusent d'un pouvoir qu'ils considèrent comme un moyen de jouissance plus que comme une charge, c'est alors que les libertés publiques ont le plus grand besoin d'être protégées.

La liberté est à la base des doctrines d'application de la démocratie : souveraineté populaire, souveraineté nationale, démocraties populaires, mais elle fonde également leurs limites d'application. C'est pour assurer la liberté que la théorie de la séparation des pouvoirs a été imaginée, mais c'est aussi à la protection de la liberté que répondent les tendances à la collaboration, à l'unité et à la personnalisation du pouvoir. C'est pour la préserver que l'on affirmait en 1789 l'individualisme dans l'aménagement du pouvoir politique par la défiance à l'égard des Corps ; c'est pour la défendre que l'on associe aujourd'hui l'opinion publique à l'exercice du pouvoir et que l'on préconise le groupement organisé des individus, même, et peut-être surtout, de ceux dont les besoins n'engendrent pas de solidarités. La liberté est un équilibre de tous les instants et, en définitive, c'est pour la sauvegarder que, tout à la fois, on affirme des principes et on leur apporte des aménagements.

Mais cette apparente contradiction n'est que la rançon de l'intelligence. Si les groupements régis par l'instinct connaissent, dans une immuable sérénité, ce que Maurice Barrès appelait « le bel équilibre des imbéciles », l'humanité, au contraire, vit dans un perpétuel souci d'organisation des sociétés, si bien que les événements débordent continuellement les théories. Les multiples aspects qu'elle veut appréhender — problèmes humains, économiques, sociaux — font que la démocratie est difficile à organiser. C'est un lieu commun de dire que tous les régimes politiques se réclament de la volonté du peuple. Le postulat démocratique peut recouvrir tous les problèmes, mais il est par essence bien plus complexe à énoncer qu'on le conçoit de prime abord. Il n'est donc pas étonnant de trouver sous l'étiquette démocratique toutes les modalités possibles de régimes politiques.

La véritable garantie est dans le respect des libertés publiques, lequel apparaît dès lors autant comme une condition que comme une conséquence de la démocratie. La liberté ayant évolué en fonction des besoins fondamentaux des gouvernés, la situation nouvelle ainsi créée se superpose au cadre classique et le dépasse, même, souvent. Quelle que soit l'origine du pouvoir, son autorité peut s'exercer dans un sens démocratique si les libertés fondamentales sont respectées, ou au contraire devenir tyrannique si le peuple est soumis à l'arbitraire du gouvernement. La dictature peut trouver son origine dans l'élection, et la démocratie sa source dans un coup d'État. Souvent, les monarchies sont démocratiques, l'hérédité d'un titre ne justifiant plus un pouvoir absolu, et parfois les républiques conduisent au despotisme, l'apparence républicaine servant d'alibi au pouvoir personnel.

Il n'y a donc pas de lien nécessaire entre la liberté et la démocratie (ni d'ailleurs entre la liberté et aucun autre régime) : l'abus de pouvoir et l'atteinte à la liberté ne sont pas exclus d'une forme de gouvernement par le peuple, car rien ne prouve que le gouvernement démocratique garantisse automatiquement les libertés individuelles mieux qu'une autre forme de gouvernement. On pourra seulement présumer que si le peuple est appelé à donner son opinion et à s'exprimer, bien des abus à l'encontre des droits de la personne et des libertés deviennent impossibles.

2) De même, ce n'est pas la *séparation des pouvoirs* qui garantit les libertés publiques, mais l'attachement de l'opinion aux libertés qui constitue la véritable source de l'équilibre entre les pouvoirs, et est à l'origine de la dissociation des pouvoirs de fait et de la création d'une pluralité de centres de décisions : séparation du pouvoir politique et du pouvoir économique, des pouvoirs civil et militaire, du pouvoir politique et des pouvoirs professionnel, religieux, d'information.

3) Quant au *principe de légalité*, qu'on l'entende au sens strict (12) — conformité à la loi formelle — ou dans son acception la plus large — conformité à la règle de droit, quelle qu'en soit la source —, il n'offre d'autres garanties aux libertés individuelles que celles que le pouvoir gouvernemental accepte de se consentir, et l'administration de s'imposer à elle-même, en se soumettant à la règle de droit, puisque c'est elle qui détermine les règles générales qu'elle devra

(12) Cf. Ch. EISENMANN : « Le droit administratif et le principe de légalité », E.D.C.E. n° 11, 1957, p. 25.

respecter dans son action. On est aujourd'hui très loin de la suspicion dans laquelle était tenu le gouvernement, et de la supériorité intrinsèque de la loi. La doctrine classique voyait dans la loi l'acte « initial, inconditionné et incontestable », le règlement étant l'acte « second, conditionné et contestable » (13). Le Parlement pouvait faire tout ce qu'il voulait, alors que le gouvernement était tenu d'observer la loi.

Aujourd'hui, l'influence des partis politiques, l'accroissement du nombre des décisions à prendre, leur urgence et leur technicité, l'extension des relations internationales, le développement des moyens de communication et de diffusion, en un mot les conditions de vie du 20^me siècle ont précipité le renversement de la tendance. En définitive, toutes ces considérations, de nos jours, s'inspirent d'une nécessité pratique : faire face aux conséquences, souvent anarchiques, du progrès dans le domaine économique et social, pour essayer de les canaliser, de les rendre compatibles avec la liberté de l'individu, bref pour tenter de les humaniser. Pour toutes ces raisons, la loi tend à être l'œuvre du gouvernement, et la vieille expression « pouvoir exécutif » disparaît, pour laisser place, ainsi que les faits le démontrent, à une « fonction gouvernementale » (14) qui englobe le pouvoir de faire la loi comme celui de l'appliquer.

Il n'est pas certain, d'ailleurs, que cet état de choses mette par lui-même les libertés en danger, car, ainsi que l'écrit M. Rivero, « l'élaboration de la règle par le Parlement n'est pas en soi une garantie certaine de sécurité pour les particuliers ; et il n'est pas évident, à l'inverse, que la règle élaborée par l'administration sacrifie nécessairement les garanties qui leur sont dues ; il y aurait quelque puérilité à imaginer une conjuration permanente et générale de l'administration contre la liberté des citoyens, alors que les agents qui donnent corps à cette administration sont eux-mêmes des citoyens, baignés dans le milieu national, et partagent dans une large mesure ses aspirations et ses idéaux » (15).

Les principes traditionnels de garantie des libertés qui, aujourd'hui encore, régissent notre droit, conservent leur importance, car ils ont fait sortir la liberté de l'ombre et lui ont permis de prendre corps : avec eux, elle est devenue un droit et sa réclamation a cessé

(13) La formule est du Doyen G. VEDEL.

(14) R. PELLOUX : « Remarques sur le mot et la notion d'exécutif », *Mélanges* Paul Roubier, p. 378.

(15) J. RIVERO : « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », *Mélanges* Dabin, II, p. 818.

d'être illicite. Mais, peu à peu, les transformations économiques et sociales, en donnant de nouvelles dimensions à l'expression des libertés, ont accusé l'insuffisance des garanties reconnues initialement par les textes, et sont la cause d'un décalage constant entre la théorie et les faits, ou plutôt d'une non adéquation des principes à la réalité.

Démocratie, collaboration des pouvoirs, légalité, constitutionnalité — ou non — des lois : les principes demeurent, mais n'ont plus la même signification, à une époque où la véritable démocratie, plus qu'un système de dévolution du pouvoir, doit être regardée comme une philosophie de l'épanouissement de l'homme, où l'unité et la personnalisation du pouvoir expriment la collaboration, où la supériorité de la loi tombe devant la suprématie de fait du pouvoir gouvernemental.

Comment, dans ces conditions, les atteintes aux libertés individuelles peuvent-elles être réprimées ? Dans quelle mesure et de quelle façon un particulier lésé dans l'exercice d'une liberté pourrait-il obtenir justice ? Témoin de la séparation, le juge, auquel le justiciable fait appel, est en permanence déchiré entre les principes et la vie quotidienne ; il doit appliquer des règles, tout en sachant qu'elles sont souvent fort éloignées de la réalité. Sa mission consiste alors, autant que faire se peut, à combler une partie de cette différence.

Le caractère théorique de ces garanties s'estompe alors quelque peu, en ce sens que ce sont elles qui permettent le contrôle juridictionnel ; elles en sont les bases, lui servent de cadre, le rendent possible. Bref, elles sont le climat dans lequel s'exerce la mission du juge, et il serait vain d'étudier le contrôle juridictionnel en l'isolant de son contexte : il fait partie d'un tout. Transformations et adaptations de ces garanties traditionnelles au gré des conditions de vie sont les fondations sur lesquelles s'est construit l'édifice complexe que forme le contrôle juridictionnel.

III. — Précisément, parmi les modes de protection des libertés publiques, celui qui apparaît au particulier le plus proche et le plus accessible est, sans conteste, le *contrôle juridictionnel*. La réaction instinctive du citoyen, en effet, lorsqu'on méconnaît à son endroit une liberté, est de se tourner vers un juge pour lui exposer ses doléances et demander réparation. Avant de devenir réalité, il est vrai, cette démarche suppose résolues certaines difficultés car elle s'opère, même inconsciemment, dans le cadre d'un climat juridique particulier, qui demandera à être précisé. Mais, si complètes et sub-

tiles soient-elles, les garanties écrites lui importent peu alors, non plus que la connaissance des textes, car, trop lointaines et trop théoriques, elles ne sont pour lui qu'un ensemble abstrait, qu'il devine et ignore tout à la fois. Trop aléatoires également, et incertains quant à leur résultat pratique, apparaissent les recours gracieux ou hiérarchiques par lesquels celui qui se plaint de la violation de libertés s'adresse soit à l'auteur de l'acte, soit à son supérieur hiérarchique, pour obtenir réparation du préjudice subi.

A. — Ce que veut la victime, c'est pouvoir saisir une personne ou une institution concrètes, pas très éloignées d'elle et dont la présence, la compétence et l'autorité la rassurent tout en l'intimidant. Elle sait que l'atteinte qu'elle prétend avoir subie pourra être soumise à la censure d'un juge qui déclarera si elle est ou non conforme au droit.

Le contrôle juridictionnel est ainsi, dans l'esprit du commun, la plus sûre des garanties ou à tout le moins, celle à laquelle on a le plus facilement accès. C'est le plus proche et ultime recours car, donnant ses chances au faible et à l'opprimé, il fait du juge le protecteur de leur dignité et répond à cette aspiration fondamentale de l'homme qu'est le désir de justice. Sa force est telle qu'elle se propage de siècle en siècle et devient, parfois même, l'incarnation du souvenir. « C'est une chose surprenante, écrivait Tocqueville, que la puissance d'opinion accordée en général par les hommes à l'intervention des tribunaux. Cette puissance est si grande qu'elle s'attache encore à la force judiciaire dont la substance n'existe plus. Elle donne un corps à l'ombre ».

B. — Mais la texture même des libertés publiques, autant que la notion de contrôle juridictionnel, ajoutent ici à la difficulté. Importunes et emportantes, les libertés s'échappent dès qu'on veut les définir.

1.) Pour le juriste déjà, elles n'ont comme seul facteur d'unité que leur objet, qui est l'étude des règles relatives à leur réglementation et à leur protection. Or, elles s'exercent dans le cadre de disciplines juridiques très diverses. Si les conceptions idéologiques relèvent de l'histoire des idées politiques, leur mise en œuvre emprunte à plusieurs branches du droit : droit privé, par des appels au droit civil (liberté du mariage, des contrats, de la propriété), au droit du travail (liberté syndicale, droit de grève), au droit pénal (liberté individuelle, garantie contre les arrestations arbitraires); droit public, par la pratique du droit constitutionnel (déclarations de droits et garanties fondamentales accordées au citoyen) et sur-

tout du droit administratif (aménagement et protection des libertés par le juge administratif).

2.) Par ailleurs, chaque liberté présente des caractères spécifiques et s'exerce en vertu de règles particulières. Le souci de dégager ces caractères et des règles propres justifie la classification des libertés et l'étude détaillée de chacune d'elles.

Si l'on retient comme critère de classement les différents aspects de l'activité humaine, on peut distinguer les libertés de la personne physique, les libertés de la personne intellectuelle, les libertés de la personne sociale.

1. *Les libertés de la personne physique* : Ce sont :

— la sûreté individuelle (articles 2 et 7 de la Déclaration des Droits de l'Homme ; reconnue dans toutes les Constitutions) ;

— liberté d'aller et de venir : autre expression de la sûreté individuelle ;

— liberté et inviolabilité du domicile : corollaire du droit de propriété et de la sûreté individuelle ;

— liberté et inviolabilité de la correspondance : id°.

2. *Les libertés de la personne intellectuelle et morale.*

— liberté de conscience (et son corollaire la liberté religieuse) : art. 10 D.D.H. et loi du 9 décembre 1905, art. 1^{er} ;

— libertés des cultes : art. 10 D.D.H. et loi du 9 décembre 1905, art. 1^{er} ;

— liberté de l'enseignement : primaire (loi du 28 juin 1833), secondaire (loi Falloux du 15 mars 1850), supérieur (loi du 12 juillet 1875) ;

— liberté de la presse : art. 11 D.D.H., loi du 29 juillet 1881 ;

— liberté de réunion : loi du 30 juin 1881 ;

— liberté d'association : loi du 1^{er} juillet 1901 ;

— liberté des spectacles : dérive de la liberté du commerce, de la liberté du travail et au sens large de la liberté de conscience (c'est-à-dire de la liberté d'expression des idées).

3. *Les libertés de la personne sociale.*

— droit de propriété (art. 2 et 17 D.D.H. ; art. 544 Code Civil) ;

— liberté du travail (préambule de la Constitution) ;

— liberté du commerce et de l'industrie : lois des 2 et 17 mars 1791, art. 7 ;

— liberté du mariage ;

— droit de grève (Préambule de la Constitution) ;

— liberté syndicale et droit syndical (Préambule de la Constitution).

3.) Quelle que soit la présentation retenue, il ne faut pas oublier cependant que les libertés publiques forment un tout, car l'idée même de liberté rend suspectes les classifications établies traditionnellement dans son contenu. Il est certain qu'il n'y a pas de libertés strictement individuelles ni de droits qui ne soient sociaux. En fait, outre le caractère arbitraire que comporte inévitablement toute division en ce domaine, et qui fait déborder bon nombre de libertés de la catégorie dans laquelle on veut les ranger, il faut souligner la solidarité étroite de toutes les libertés entre elles.

Ainsi, dans le domaine de la pensée, comment peut-on distinguer l'opinion de la croyance, alors que c'est d'un même mouvement intérieur et d'une conviction semblable que procèdent l'adhésion à une religion, le choix d'une école, l'affiliation à un parti ou l'abonnement à un journal. De même, les libertés de la personne physique sont intimement liées à celles de la personne intellectuelle, nombre d'atteintes à celles-là n'ayant d'autre but que de sanctionner la manifestation de celles-ci. Solidaires également sont les libertés intellectuelles et les libertés économiques : combien de salariés ont-ils perdu leur liberté de pensée dans leur dépendance économique à l'égard d'un patron ou de l'Etat ? M. Rivero remarque ainsi que « l'on peut appliquer à la civilisation de la liberté la formule souvent citée à propos de la Révolution française : elle constitue « un bloc » ; il est presque impossible de fragmenter ce bloc » (16).

C. — Dans ces conditions, la tâche du juge est loin d'être aisée lorsqu'il doit réprimer les atteintes aux libertés publiques, car chaque liberté particulière a des interférences et des répercussions sur l'ensemble des libertés. Sa situation, déjà difficile en elle-même, en est rendue encore plus instable car les sentences qu'il rend touchent, chez la victime comme dans l'opinion publique, une corde d'une extrême sensibilité. Comment le contrôle juridictionnel pourrait-il être parfaitement adéquat, alors que tant d'intérêts contradictoires sont en jeu ?

(16) « Cours de libertés publiques », précité, p. 218.

C'est poser là, en dernière analyse, le problème de l'effectivité du contrôle juridictionnel, c'est-à-dire de sa réalisation dans les faits, son incarnation dans la réalité. « Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au delà », disait déjà Pascal, et chacun sait que les juges se font applaudir ou maudire après les grands procès. Quand le premier président au Parlement de Paris sortit du Palais Royal sans avoir pu obtenir d'Anne d'Autriche la libération de Broussel, un garçon rôtisseur, lui appliquant sa broche sur le ventre, s'écria : « tourne, traître ! ». Trois mille ans d'histoire sont parsemés de doutes, depuis la condamnation de Socrate, le lavement des mains de Ponce-Pilate, le bûcher de Jeanne à Rouen, le procès Dreyfus, sans compter les affaires en cours... Les étapes sont nombreuses qui jalonnent les siècles et dans cette immense forêt de Vincennes, certains voudraient trouver davantage de Saint Louis.

Cet espoir secret ne fait qu'aviver l'incertitude et peut engendrer, surtout chez les plus démunis sur le plan social, une hésitation fatale à mettre en œuvre le mécanisme de la protection juridictionnelle, comme s'ils craignaient « que la Justice ne fût d'une part et les juges de l'autre ». Supprimer cette hésitation serait du même coup assurer parfaitement la garantie des libertés publiques puisque les plus faibles sont précisément les plus exposés à des atteintes à leurs libertés. Mais pour y parvenir, combien de tuniques de Nessus faudra-t-il abandonner ?

* *
*

Conscient de la gravité et de la complexité de sa mission, mû par le désir de dominer les contradictions qui l'environnent, le juge s'est efforcé d'étendre son contrôle aussi loin que possible sur les actes portant atteinte aux libertés publiques, qu'ils émanent des particuliers ou des autorités administratives. Patiemment, minutieusement, il cherche à élaborer et à perfectionner une jurisprudence protectrice des droits et libertés individuels, mais les difficultés qu'il doit résoudre, en lui-même comme au dehors, sont telles que l'on est conduit à s'interroger sur la valeur et l'effectivité du contrôle juridictionnel en tant que garantie des libertés publiques.

Pour tenter de lever le doute, il importe tout d'abord d'analyser la démarche du juge devant les exigences du contrôle qu'il doit exercer, rechercher de quelle manière et dans quelle mesure il assure la protection des libertés, apprécier la portée, l'étendue, la profondeur, bref l'importance de la garantie. Mesurer L'EFFI-

CACITE DE LA PROTECTION DES LIBERTES PUBLIQUES PAR LE CONTROLE JURIDICTIONNEL, tel sera l'objet de la première partie.

En même temps, cet examen permettra de déceler dans le contrôle exercé par le juge certaines lacunes, d'origines diverses : législative, administrative, circonstancielle, économique, et même juridictionnelle, ayant pour effet de réduire, en pratique, la garantie des libertés. Aussi la deuxième partie sera-t-elle consacrée à l'étude des **LIMITES DE LA PROTECTION DES LIBERTES PUBLIQUES PAR LE CONTROLE JURIDICTIONNEL**.

PREMIÈRE PARTIE

**L'EFFICACITÉ DE LA PROTECTION
DES LIBERTÉS PUBLIQUES
PAR LE CONTROLE JURIDICTIONNEL**

INTRODUCTION

LA NOTION DE FONCTION JURIDICTIONNELLE

1. « La loi est morte, mais le Juge est vivant » écrivait Anatole France. La concision de cet aphorisme met en lumière, à elle seule, l'intérêt majeur de l'existence du contrôle juridictionnel : sa proximité du justiciable. La réaction normale de toute victime, compte tenu de l'état du droit en vigueur, est de chercher un juge pour lui exposer ses doléances et, éventuellement, lui demander réparation. La loi est immatérielle et lointaine, on ne peut la concevoir et l'imaginer qu'à travers des mots, des formules. Le juge, lui, est un homme ; même s'il s'entoure d'une certaine solennité, on peut parvenir jusqu'à lui, se faire entendre, entrer en communication avec lui et lui faire connaître chaque situation particulière. C'est en cela que l'on peut affirmer que le contrôle juridictionnel est une garantie pratique pour les libertés publiques. Il permet la prise en considération de chaque cas particulier, l'individualisation du cas d'espèce qui tranche avec la nécessaire généralité de la loi. C'est le mode de protection le plus direct et le plus proche de la victime, ce qui, il faut l'ajouter aussitôt, ne préjuge évidemment pas de son efficacité, ainsi qu'on le verra plus loin.

Pour qu'une liberté publique existe véritablement, il ne faut pas seulement que son existence soit reconnue dans les principes et son régime organisé par le législateur — au sens large — mais il faut surtout que le non-respect de ce régime soit sanctionné, qu'il soit le fait des particuliers ou des autorités publiques. Il n'y a liberté publique que lorsque les particuliers disposent de voies de droit leur permettant, en cas de méconnaissance, de les faire respecter ; il faut donc leur donner les moyens d'en faire sanctionner les

atteintes, sous peine de voir la liberté demeurer une simple virtualité, une faculté. Ces moyens, ces voies de droit, ce sont les sanctions juridictionnelles, fruit du contrôle exercé par le juge (1).

Celui-ci apparaît, en dernier ressort, comme le garant de l'existence des libertés. Aussi convient-il d'envisager dans le détail le contrôle qu'il exerce et les sanctions qu'il prononce, en se plaçant du seul point de vue qui puisse compter en la matière : celui du requérant. C'est dire que l'on n'étudiera le pouvoir et l'action du juge que dans la stricte mesure où ils protègent les libertés publiques, en considérant sous cet aspect particulier les solutions et les principes consacrés par notre droit.

2. Encore faut-il, au préalable avoir bien précisé les termes, à commencer par la notion de contrôle juridictionnel, de façon à pouvoir mesurer par la suite l'évolution qu'elle a subie. Il ne peut être question ici de dégager une véritable théorie de la fonction et de l'acte juridictionnels, problème qui d'ailleurs, n'est pas résolu et soulève encore de larges controverses doctrinales (2). Pour résumer simplement la conception classique, on peut dire avec Carré de Malberg, que juger, c'est « constater et déclarer le droit applicable à chaque justiciable ou le droit existant pour chacun d'eux ».

(1) On s'en tiendra ici aux sanctions reconnues et organisées juridiquement mais il faut rappeler qu'existent d'autres formes d'action dites « inorganisées », c'est-à-dire non juridiques, telles que le droit de pétition, le droit de résistance à l'oppression, certaines formes de grève.

(2) Voir en particulier :

P. LAMPUÉ : « La notion d'acte juridictionnel », R.D.P., 1946, p. 5, p. 38.

G. JÈZE : « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », R.D.P., 1909, p. 667.

VIZIOZ : « Les notions fondamentales de la procédure et de la doctrine française en droit public », Paris, 1931, p. 49.

DUGUIT : « Traité », Tome II, 3^e éd., 1928, pp. 422 et s.

HAURIOU : « Les éléments du contentieux », 1905, in *Recueil de législation de Toulouse*.

CARRÉ DE MALBERG : « Contribution à la théorie générale de l'Etat », Tome I, pp. 691 à 816. Voir aussi R.D.P., 1931, p. 241.

CHARMONT : « Esquisse d'une notion de l'acte juridictionnel », R.D.P. 1942, p. 93.

WALINE : « Eléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle », R.D.P. 1928, p. 448.

JEANNE LEMASURIER : « La Constitution de 1946 et le contrôle de constitutionnalité des lois », Thèse 1953, Paris, p. 234.

EISENMANN : « La justice dans l'Etat » in « La Justice », P.U.F. 1961, pp. 11 à 56.

AUBY et DRAGO : « Traité de contentieux administratif ».

(3) Le terme « juridiction » évoque la même idée puisque, littéralement, le mot -- *jurisdictio* -- signifie que « la fonction juridictionnelle est, en son sens matériel, la partie de l'activité de l'Etat qui consiste à dire le droit. » (4) Mais que recouvre l'expression « dire le droit » ? « Dans l'Etat moderne, le droit, c'est l'ensemble des règles formulées par les lois ou en vertu des lois, et qui constituent l'ordre juridique de l'Etat. Dire le droit, ce n'est donc pas le créer, mais bien le reconnaître... L'acte juridictionnel consiste donc à rechercher et à déterminer le droit résultant des lois, à l'effet de l'appliquer à chacune des espèces dont sont saisis les tribunaux » (5).

Cette première approche est cependant incomplète car elle suppose qu'il existe toujours une prescription législative à interpréter ou à appliquer. Or nombreuses sont les espèces sur lesquelles la loi ne s'est pas prononcée. La fonction juridictionnelle consiste alors à créer le droit, même en l'absence de toute règle législative. Elle reçoit, de la sorte, une acception très large, puisque le juge pour chaque question dont il est régulièrement saisi, est tenu de tirer de la loi ou de fonder par lui-même une solution qui constituera le droit applicable à l'espèce considérée.

La mission du juge revêt donc une singulière importance puisque, de ce qui précède, il résulte que sa fonction acquiert d'autant plus d'ampleur que les lois sont moins nombreuses. Le législateur ne pouvant tout prévoir, surtout de nos jours où l'intervention de l'Etat se multiplie, le caractère inévitablement incomplet de la législation oblige le juge à suppléer, par ses propres décisions, à la carence des lois. Ainsi, lorsqu'il crée de sa propre initiative une solution juridique pour trancher un litige, le juge exerce en cela un pouvoir propre, discrétionnaire, qui est, en soi, d'essence législative, avec cette limite cependant que ses décisions d'une part n'ont pas valeur de règle générale, d'autre part ne peuvent contrevenir ou déroger aux lois en vigueur.

3. Ainsi définie par son objet, la fonction juridictionnelle peut l'être également par ses conditions d'exercice. A cet égard, lorsque, tout d'abord, le juge crée le droit, l'acte juridictionnel est de nature législative, dans la mesure où le juge exerce un pouvoir de décision initial, qui, en principe, est réservé au législateur. Lorsqu'elle innove juridiquement, la sentence a valeur d'une loi particulière,

(3) CARRÉ DE MALBERG : « Contribution à la théorie générale de l'Etat », Tome I, pp. 691 à 816. Voir aussi R.D.P. 1931, p. 241.

(4) *Id.*

(5) *Id.*

ce qui revient à dire que dans le silence de la loi, le juge exerce un pouvoir réellement indépendant ; dans la mesure des lois en vigueur, il prend la place du législateur, en recherchant par lui-même, comme le ferait celui-ci, la solution du problème qui lui est posé. A ce point de vue, seule une différence de forme distingue la fonction juridictionnelle de la fonction législative.

Lorsque maintenant l'autorité juridictionnelle applique à un litige le droit établi par un texte législatif, il s'ensuit que la fonction juridictionnelle est de nature exécutive, puisque, dans ce cas, le juge ne cherche rien d'autre que préparer et assurer l'exécution de la loi. Il pourrait donc sembler qu'il n'y ait aucune raison de considérer la juridiction comme constituant un pouvoir distinct. Or s'il est un domaine dans lequel la séparation des pouvoirs s'applique en général strictement, c'est bien celui du pouvoir judiciaire par rapport aux pouvoirs législatif et exécutif. Toutes les tendances du droit public moderne vont dans le sens d'une séparation toujours plus poussée de l'administration et de la justice. Pourquoi la juridiction est-elle alors une fonction essentiellement distincte ? Pour quelles raisons est-elle à part ? (6)

Assurément pas seulement pour des raisons d'ordre matériel car, pour reprendre et compléter une formule de Duguit, s'« il y a quelque chose d'administratif dans la fonction juridictionnelle », (7) il n'est pas moins vrai qu'il y a quelque chose de juridictionnel dans la fonction administrative. Le juge exerce souvent une activité semblable à celle que l'administration remplit à raison de ses fonctions administratives ; inversement, il arrive fréquemment aux administrateurs de rendre des décisions identiques à celles qui forment l'objet propre de la fonction juridictionnelle. Si les fonctions juridictionnelle et administrative sont séparées, c'est pour des raisons de forme, et avant tout pour donner aux citoyens des juges qui statuent en pleine indépendance d'esprit, garantie dont Montesquieu a depuis longtemps démontré la nécessité (8). Portée, même malgré elle, à prendre en considération les intérêts de l'administration qu'elle doit satisfaire, l'autorité administrative prend des décisions empreintes inéluctablement d'une certaine partialité et pouvant paraître, dès lors, intéressées et suspectes. Le juge au con-

(6) De nombreux auteurs ont tenté de répondre à cette question : BLUNTSCHLI, DUGUIT, ORLANDO, ESMEIN, JEZE, HAURIU, GNEIST, LABAND, O. MAYER, G. MEYER, JELLINEK, IHERING, ARTUR (voir de ce dernier : « Séparation des pouvoirs et des fonctions », R.D.P., Tome XIII, pp. 218 et s.).

(7) « Traité », Tome I, p. 271.

(8) « Esprit des lois », Livre XI, Chapitre VI.

traire n'exerce pas d'action directe sur l'administration des affaires de l'Etat, et n'assume en ce domaine aucune responsabilité : sa décision sera plus désintéressée, plus impartiale et plus sereine. Etant en dehors de toute préoccupation administrative d'opportunité, il statuera plus objectivement, car, libre et indépendant dans l'exercice de sa fonction, il ne peut se voir dicter son jugement ni donner d'ordres par aucun organe de l'Etat.

Par ailleurs, l'existence d'une procédure particulière rigoureuse offre aux justiciables une garantie de vérité et d'impartialité, en particulier par la consultation ou la collaboration des intéressés, l'obligation pour le juge de statuer quand il est saisi, la publicité de l'audience, l'obligation de motiver la sentence, le système des différents degrés de juridiction.

Ainsi, c'est un ensemble de règles particulières autant que l'organisation propre de la justice qui différencient l'administration de la juridiction et consacrent, par la garantie qui en résulte, la raison d'être et la nécessité de la séparation. Ce ne sont là que des différences de forme qui ne peuvent contribuer à créer, entre les deux fonctions, aucun élément de distinction matérielle. « En droit, il n'existe pas, au sens matériel, une fonction juridictionnelle distincte : il y a seulement des formes juridictionnelles, une voie juridictionnelle, distinctes des formes et de la voie administratives » (9). Le critère et, partant, la garantie de l'acte juridictionnel, est tiré d'une part de son origine, puisqu'il émane d'une autorité spécialement organisée à l'effet d'exercer la juridiction, d'autre part de sa procédure, faite de règles particulières à la fonction qui consiste à juger, enfin de ses effets, la chose jugée étant douée d'une force et d'une autorité spéciales et devenant une vérité irréfragable (10).

Ces caractéristiques, on le voit, sont d'ordre formel et, sans elles, il ne peut exister de fonction ni d'acte juridictionnels. Selon qu'elle est prise par une voie ou par l'autre, une même décision sera appelée administrative ou juridictionnelle. L'exemple le plus

(9) CARRÉ DE MALBERG : « Contribution à la théorie générale de l'Etat », T. I, p. 785.

(10) C'est en se fondant sur ces arguments que Carré de Malberg a réfuté la théorie du ministre juge et démontré que, sous la III^{me} République, ni les actes par lesquels chacune des chambres jugeait de l'éligibilité de ses membres et de la régularité de leur élection, ni ceux par lesquels le Sénat était appelé à connaître des attentats contre la sûreté de l'Etat et des accusations formées contre le Président de la République, n'étaient de véritables actes juridictionnels. « L'Etat », T. I, pp. 788 et s.

typique à cet égard est fourni par l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir. Il est certain qu'en elle-même, l'annulation d'un acte administratif est une décision de nature administrative, car, ainsi qu'on l'a rappelé encore récemment, « juger l'administration, c'est aussi administrer » (11). Mais, pour prononcer l'annulation, les tribunaux administratifs ou le Conseil d'Etat adoptent la formation et la procédure d'une juridiction et statuent selon les formes de la juridiction. Forme juridictionnelle et effets propres à l'acte juridictionnel sont les bases de la distinction. On peut donc en ce domaine rappeler le vieux principe selon lequel l'organe crée la fonction : si la juridiction constitue un pouvoir distinct, c'est parce qu'elle possède une constitution organique propre et est soumise à des formes spéciales.

4. A la vérité cependant, il conviendrait d'adopter un point de vue plus nuancé qui, sans contradiction, laisserait place à une conjonction du critère matériel et du critère organique, car la réalité prouve qu'il est difficile de les séparer l'un de l'autre. Pour les tenants de la thèse matérialiste, représentés par Duguit (12) et Gaston Jèze, l'acte juridictionnel est une décision, ayant force de vérité légale, tranchant en droit par des motifs uniquement juridiques une question de droit, et prise dans un acte juridique de constatation par lequel le juge tire lui-même la conséquence logique qui découle de cette décision. Si l'on ajoute à cela les éléments dégagés ci-dessus, c'est-à-dire une certaine spécificité organique de l'autorité juridictionnelle et le respect d'une certaine procédure, on est très proche de la notion concrète d'acte juridictionnel dégagée par la jurisprudence et particulièrement par le Conseil d'Etat. Saisi à de nombreuses reprises sur le point de savoir si un organisme était ou non une juridiction administrative, il a eu recours, plutôt qu'à un critère déterminé, à la méthode empirique, en utilisant un « faisceau d'indices », (13) pour déceler la volonté du législateur : composition de l'organisme, particularités de la procédure, forme de la décision, recours prévus, nature du litige en cause. Les uns sont formels, d'autres matériels. Ainsi, dans l'arrêt « d'Aillières » du 7 février 1947, il a admis qu'il résultait « de l'ensemble des prescriptions législatives relatives au jury d'honneur et notamment de celles qui concernent tant sa composition et ses pouvoirs que les

(11) Voir P. SANDEVOIR : « Etudes sur le secours de pleine juridiction », Bibliothèque de droit public, Tome LVI, L.G.D.J. Paris 1964.

(12) « Traité », 3^e éd. 1928, pp. 422 et s.

(13) WEIL, LONG et BRAIBANT, G.A.J.A. : note sous C.E. 7 février 1947, d'Aillières, p. 292.

recours en révision dont il peut être saisi, que cet organisme a le caractère d'une juridiction qui, par la nature des affaires sur lesquelles elle se prononce, appartient à l'ordre administratif et relève à ce titre du contrôle du Conseil d'Etat statuant au Contentieux » (14). C'est la réunion des deux critères, matériel et formel, qui fonde la conviction du juge. On peut simplement noter que si, durant longtemps, le critère organique et formel a été le plus souvent utilisé en jurisprudence, (15) la tendance est, de nos jours, à la prise en considération d'éléments matériels, en particulier la nature de la mission que l'organisme doit remplir ou l'objet des litiges qui lui sont soumis (16).

La réunion des deux critères n'est d'ailleurs, pour le requérant, qu'une garantie supplémentaire puisque la séparation entre acte administratif et acte juridictionnel n'en est que plus tranchée. D'ailleurs, en tout état de cause, il faut noter que c'est pour le requérant qu'est organisé le contrôle juridictionnel, lequel n'existe et n'apparaît que lorsqu'il y a une contestation ou à tout le moins un minimum d'idée de contestation, comme l'a démontré le doyen Bonnard (17). Le juge n'a pas de rôle à jouer lorsqu'une prétention ne se heurte à aucune opposition, et lorsqu'un organisme juridictionnel prend une décision alors qu'il n'est saisi d'aucun recours, la décision n'est pas juridictionnelle (18). On retrouve, à plus d'un demi-siècle de distance, l'idée même qu'exprimait Artur en étudiant « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions » : « La fonction de juger ne s'exerce, écrivait-il, que si le tribunal a été

(14) C.E. 7 février 1947, d'Aillières. R.D.P. 1947.68, concl. Odent, note Waline ; J.C.P. 1947.II.3508, note Morange ; G.A. 1965, p. 289 + note.

(15) Le critère organique est encore utilisé par la jurisprudence, d'ailleurs : cf. concl. Heumann sous C.E. 17 mai 1957, Simonet : « La commission dite de validation (de l'éligibilité des membres du Conseil Economique) ne présente aucun des traits caractéristiques qui permettraient de reconnaître en elle une juridiction dont les décisions pourraient faire l'objet du recours en cassation. Statuant sur toutes les désignations des membres du Conseil Economique, alors même qu'elle n'est saisie d'aucune protestation, rendant des décisions qui, dans le cas où elles prononcent la validation, ne sont pas motivées, échappant à toutes les règles de la procédure contradictoire, ladite commission constitue une organisme non juridictionnel. » (Rec. p. 317).

(16) C.E. 12 décembre 1953, de Bayo. Rec. 544 ; R.P.D.A. 1954.3, concl. Chardeau ; A.J.D.A. 1954.II.138, note de Soto ; A.J.D.A. 1945.II bis 2, Chr. Gazier et Long.

(17) BONNARD : « Le contrôle juridictionnel de l'Administration », 1934.

(18) Voy. C.E. 3 novembre 1961, Association des Instituts spécialisés de l'Ouest et Ecole technique Saint-Joseph. Rec. 608 et 609 ; R.D.P. 1962, p. 730 + note Waline ; A.J.D.A. 1961, p. 603, Chr. Galabert et Gentot, et A.J.D.A. 1962, p. 516, note J.D.

saisi : le tribunal ne peut pas prendre l'initiative d'intervenir, de juger ; il doit attendre qu'on le lui demande. Un des traits caractéristiques de la puissance de juger, c'est qu'elle ne peut pas s'exercer d'elle-même : la machine jugeante est une machine inerte, passive, il est de son essence d'être passive : le principe de son mouvement n'est pas en elle, il est dans les plaideurs ou dans le ministère public. Cela explique pourquoi, lorsqu'une sentence est rendue, le juge ne peut pas la réformer ou l'annuler de lui-même. Cette règle se justifie par deux raisons : le défaut d'initiative est indispensable chez le juge, pour qu'il garde l'indifférence et l'impartialité désirables ; en second lieu, c'est aux intéressés à transformer leurs contestations en procès, à apprécier leurs chances, à préférer leur repos à leurs droits, ou réciproquement... Ce défaut absolu d'initiative et de spontanéité est absolument spécial au pouvoir qui juge » (19).

5. Tels sont les traits fondamentaux de la fonction juridictionnelle, que l'on peut schématiser, à la suite du professeur Eisenmann (20), en ces quelques formules : le juge a pour mission d'assurer définitivement c'est-à-dire de fixer la situation juridique pour mettre fin à un différend, une contestation, lorsqu'un des contestants le saisit ; son action s'exerce par le déroulement d'une procédure déterminée dont le respect, surtout par l'instauration d'un débat contradictoire, est une garantie pour le requérant, et qui implique que le juge occupe une position de tiers désintéressé et impartial ; son activité, c'est-à-dire la fonction juridictionnelle, se manifeste au moyen du contrôle juridictionnel, vérification de la conformité à la règle de droit — au sens large — de l'action des particuliers ou de l'Administration, et se traduit par l'acte juridictionnel.

C'est à l'intérieur de ce cadre général que se situe l'étude de la garantie que constitue pour les libertés publiques le contrôle juridictionnel, et cette prise de contact montre, dès l'abord, quels peuvent en être les avantages, mais aussi quelles difficultés il engendre. Le règlement des litiges privés, en effet, dépend en grande mesure du comportement individuel des particuliers, lequel est lui-même fonction d'autres éléments, tels que le degré de civilisation ou le développement de l'idée de justice et d'égalité... Par ailleurs,

(19) R.D.P. 1900, p. 229.

(20) EISENMANN : « La justice dans l'Etat », pp. 22-23, in « La justice », Annales de l'Université d'Aix-Marseille. Centre de sciences politiques de l'Institut d'Etudes juridiques de Nice, P.U.F. 1961.

en ce qui concerne le pouvoir de sanctionner les atteintes à la légalité, en droit pénal, l'initiative de saisir le juge appartient nécessairement à l'autorité chargée de l'exécution de la loi, qui se trouve également responsable du maintien de l'ordre. Il existe donc des liens très étroits entre le pouvoir gouvernemental et le pouvoir judiciaire, d'autant plus que l'intervention des autorités exécutives et administratives s'avère indispensable, notamment dans l'organisation matérielle des instances, la recherche des infractions ou la défense des intérêts de la collectivité publique.

Comment le juge a-t-il pu résoudre de telles difficultés et faire du contrôle juridictionnel une protection efficace des libertés publiques ? Pour répondre à cette question, le juriste doit abandonner toute idée préconçue et adopter la position de la victime éventuelle. Pour que la garantie des libertés soit efficacement assurée par le contrôle juridictionnel, il faut tout d'abord que le plus grand nombre possible d'atteintes soit sanctionné : c'est le problème de *l'objet du contrôle*, qui sera étudié dans un *titre 1* ; il faut ensuite savoir jusqu'où peut aller le contrôle, de quels moyens et de quels pouvoirs dispose le juge et quelle est sa démarche : c'est le problème de *l'étendue du contrôle*, que l'on envisagera dans un *titre 2*. Mais à l'un ou l'autre point de vue, et ce sera la ligne directrice de l'étude, ce qui importe, c'est d'abord de déterminer la place exacte occupée par le contrôle des libertés dans l'ensemble du système juridictionnel français, ensuite de dégager l'apport positif du juge qui, par son indépendance et son pouvoir créateur, peut seul permettre à l'esprit de dépasser la lettre.

TITRE PREMIER

LA GARANTIE DES LIBERTÉS PUBLIQUES PAR L'OBJET DU CONTROLE JURIDICTIONNEL

L'objet du contrôle juridictionnel, qui en est tout à la fois la matière, la cause et la fin, c'est-à-dire ce à quoi il se rapporte, est constitué par la sanction des atteintes ou violations apportées aux libertés publiques, et plus précisément des actes par lesquels se traduit nécessairement cette méconnaissance. Seuls, en effet, des actes positifs peuvent être soumis au juge, cette expression devant être entendue très largement, au point de recouvrir non seulement des actions proprement dites, mais aussi toute la catégorie des décisions, mesures, dispositions de toute sorte, et même des abstentions, lorsque telle ou telle forme d'action était prévue, bref la projection dans la réalité des choses d'une pensée, d'une intention ou d'une volonté contraires à l'exercice d'une liberté et qui, par le fait même qu'elles s'extériorisent, constituent l'atteinte à cette liberté.

Aussi ce qui importe est-il moins de rappeler les règles générales (Sous-titre I) que d'examiner comment le juge a résolu les difficultés que pose leur application (Sous-titre II).

SOUS-TITRE PREMIER

Les règles générales

Un système de protection parfaitement organisé serait celui où tous les actes sans exception portant atteinte aux libertés seraient sanctionnés. Mais la matière est trop complexe et trop mouvante pour que l'on puisse considérer cette hypothèse comme autre chose qu'un idéal, auquel on doit tendre constamment, tout en sachant que les circonstances, la faiblesse de l'homme et le fonctionnement des institutions empêchent qu'il soit jamais atteint. Il faut alors opérer une distinction, afin de savoir quels sont les actes qui pourront être soumis au contrôle juridictionnel.

A cet égard, deux situations sont possibles selon que le « coupable » (1) est un particulier ou une personne investie d'une parcelle d'autorité au nom du souverain. La victime, elle, est-il besoin de le souligner, est toujours, en dernière analyse, l'individu pris en tant que personne humaine, puisque dans la conception de notre civilisation, les libertés publiques sont des libertés personnalisées, reconnues à l'individu pris comme tel.

Section I

VIOLATION D'UNE LIBERTE EMANANT D'UN PARTICULIER

Si la violation d'une liberté émane d'un particulier, le problème est relativement simple, car c'est précisément la fonction du droit que de régir les rapports entre individus vivant en société. La sanc-

(1) Bien que le mot « coupable » ne convienne pas parfaitement ici à cause de l'aspect subjectif qu'on lui reconnaît généralement et du jugement de valeur qu'il implique, on l'utilisera, par opposition au mot « victime », pour désigner celui qui porte atteinte ou méconnaît une liberté publique, la langue française ne comportant pas de substantif qui convienne à cette définition.

tion est aisée à mettre en œuvre, car elle est confiée à un pouvoir supérieur qui d'une part a la qualité de tiers et, de ce fait, agit en toute impartialité, et d'autre part, chargé de l'exécution des lois et du maintien de l'ordre, dispose des moyens de contrainte qu'il peut exercer d'en haut et imposer, par un corps de normes supérieures. Tous les actes des particuliers, sans aucune limite, méconnaissant une liberté publique sont ainsi susceptibles de contrôle juridictionnel. La violation de presque toutes les libertés est sanctionnée par le droit pénal : sûreté individuelle, liberté d'aller et venir, liberté du domicile, de la correspondance, de la presse ; d'autres sont du ressort du droit civil (droit de propriété), du droit commercial (liberté du commerce et de l'industrie), du droit du travail (droit syndical, droit de grève) ; certaines sont concernées par plusieurs branches juridiques : droit pénal et droit civil par exemple (liberté du mariage), droit pénal et droit commercial (liberté du commerce)...

Par. 1. — Si l'on peut dire que toutes les violations des libertés commises par les particuliers peuvent être soumises au contrôle juridictionnel, la généralité de l'affirmation ne doit pas cependant faire méconnaître les difficultés qu'elle soulève. Tout d'abord, en effet, dans la pratique, apparaissent parfois des questions de délimitation entre l'activité administrative et l'activité des particuliers. Par exemple, lorsque l'auteur de l'activité est une personne morale, il peut être difficile de déterminer s'il s'agit d'une personne morale privée ou publique, et l'on sait combien il est délicat de distinguer les établissements d'utilité publique des établissements publics. De même, il arrive que des personnes morales, organisées comme des personnes privées, gèrent un service public, ou sont chargées d'organiser des activités professionnelles pour le compte d'une personne publique, d'une administration ; ainsi en est-il des comités d'organisation professionnelle (2) ou des ordres professionnels (3). La controverse est loin d'être close sur la nature exacte de ces organismes qui, pour partie, relèvent du droit public et pour partie du droit privé. Beaucoup d'organismes administratifs sont aujourd'hui soumis à un tel régime juridique, mais le problème n'est pas insoluble, car les textes ou la jurisprudence permettent de dégager quelques critères pour trancher le débat.

(2) C.E. 31 juillet 1942, Monpeurt, S. 1942.3.37, concl. Ségalat ; D. 1942, p. 138, concl. Ségalat, note P. C. ; R.D.P. 1943, p. 57, concl. Ségalat, note Bonnard ; J.C.P. 1942.II.2046, concl. Ségalat, note Laroque.

(3) C.E. 2 avril 1943, Bouguen, Rec. p. 86 ; S. 1944.3.1, concl. Lagrange, note Mestre ; D. 1944. p. 52, concl. Lagrange, note J. Donnedieu de Vabres ; J.C.P. 1944.II.2565, note Célier.

Par. 2. — Infiniment plus grave est la seconde difficulté, tenant à l'intervention constante de l'administration dans les relations entre particuliers, que ce soit par l'organisation matérielle du service public de la justice, la recherche des auteurs de trouble ou la mise en œuvre de la contrainte. On peut affirmer que juridiquement, les individus ne sont jamais seuls aujourd'hui : dans leurs rapports intervient sans cesse le détenteur de l'autorité, soit préventivement, par l'édiction de mesures de police, soit à titre répressif, dans l'interrogatoire, l'enquête, l'instruction, l'exécution de la sentence. Il s'ensuit que, dans chacune de ces situations, celui qui, à l'intérieur des rapports entre particuliers, pouvait apparaître comme un coupable présumé, peut faire figure de victime vis-à-vis de l'administration. On peut être à la fois coupable envers un individu et victime au regard de l'administration qui, telle le chat de la fable, dispose de la contrainte ; ce qui est conçu comme une sauvegarde de l'individu peut facilement le conduire à sa perte. Ainsi le danger vient finalement de l'autorité qui dans le cadre de ses activités propres ou de ses interventions dans les rapports entre particuliers est maîtresse des moyens de contrainte. La protection de l'individu contre les atteintes des particuliers est assurée efficacement ; elle est beaucoup plus difficile à instaurer contre les abus de celui qui détient le monopole du recours à la force.

Section II

VIOLATION D'UNE LIBERTÉ EMANANT DU POUVOIR

Dès lors, on se trouve ramené à la seconde hypothèse, dans laquelle *la violation de la liberté émane de l'administration*, et d'une manière générale, du pouvoir, gouvernemental ou législatif. C'est, au fond, le seul véritable problème car on y retrouve la question fondamentale des rapports entre gouvernants et gouvernés, et de l'exercice de la souveraineté. L'idée même de représentation de la souveraineté fait que tous les actes du pouvoir ne peuvent être soumis au contrôle juridictionnel. Comment forcer l'organe souverain à respecter les libertés ? En pratique, un certain nombre d'actes émanant d'autorités qui représentent la souveraineté, ou au moins une parcelle de celle-ci, échappent au contrôle juridictionnel.

Par. 1. — C'est en premier lieu, le cas de la *Constitution*, qui est l'acte par lequel le souverain formule la norme juridique fon-

damentale. Statut et loi suprême de l'Etat, elle détermine le choix des gouvernants, la structure de chacun des organes gouvernementaux, la répartition entre eux des fonctions gouvernementales et fixe la limite de leurs pouvoirs à l'égard des gouvernés. Elle régit la forme de l'Etat, la structure des organes politiques, les libertés essentielles et leurs garanties, les conditions d'exercice du pouvoir. Tout l'ordre juridique de la nation repose sur elle : c'est le sommet de la pyramide. Admettre un recours contentieux contre les décisions du pouvoir constituant serait s'opposer à la volonté du souverain et reconnaître l'existence d'une norme supérieure à la Constitution elle-même, ce qui par définition est impossible, à moins de supposer la préexistence et la prééminence d'un droit naturel. Aussi nombreux que soient les degrés de la hiérarchie des organes de l'Etat, il y en a fatalement un qui se trouve au sommet et échappe à tout contrôle.

Cela ne veut pas dire que la Constitution soit immuable, mais ses modifications éventuelles devront être l'œuvre du peuple souverain qui reste tout puissant et ne peut ni aliéner, ni déléguer sa souveraineté. Que l'on se rappelle l'article 28 de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 : « Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures ». Aucun recours n'est donc possible contre une disposition de la Constitution, ce qui est normal puisque celle-ci émane du souverain. A supposer d'ailleurs, en raisonnant par l'absurde, qu'une voie de recours existât, aucune juridiction ne pourrait être saisie ni aucun juge se prononcer, puisque d'une part, la souveraineté ne se déléguant pas, nul, en dehors des représentants directement désignés pour exprimer la volonté du peuple ne peut avoir qualité pour recevoir une telle délégation : aucun corps, qu'il soit administratif, politique ou judiciaire ne peut juger des actes de l'assemblée souveraine ; d'autre part, il serait inconcevable qu'un juge statuât au nom du souverain contre une décision prise précisément par ce même souverain.

Par. 2. — Un raisonnement analogue conduit à exclure la loi du champ des recours juridictionnels, puisqu'en France la loi, expression de la volonté générale, est empreinte de la même souveraineté que la Constitution et bénéficie, de ce fait, de la même autorité morale. Le principe de constitutionnalité apparaît ainsi comme une fiction selon laquelle la volonté générale exprimée à un moment donné par le vote d'une loi pourrait être limitée par la volonté générale, affirmée à une époque antérieure par le vote d'une Constitu-

tion. La distinction entre pouvoir constituant et pouvoir législatif revêt un caractère artificiel, car l'un et l'autre ont même origine et même caractère représentatif.

Sans doute un contrôle de constitutionnalité des lois serait-il beaucoup plus logique, car si l'on admet une hiérarchie des normes juridiques, hiérarchie nécessaire sous peine d'anarchie, il faudrait en assurer le respect par toutes les autorités sans exception, y compris le législateur. Ce serait d'autant plus nécessaire qu'un certain caractère de superlégimité est reconnu en France aux libertés publiques à la fois par le Préambule de la Constitution de 1958, lequel renvoie à celui de 1946 et à la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789, et par la théorie des principes généraux du droit (4). Cette reconnaissance impliquerait l'existence de moyens de contrainte à l'encontre du législateur, afin de l'obliger à respecter les droits et libertés garantis par la Constitution. C'est pourquoi la doctrine n'a cessé, depuis un demi-siècle, de marquer sa faveur pour l'établissement d'un contrôle de constitutionnalité des lois, faisant valoir que la mission du juge est normalement de déterminer la loi applicable au cas dont il est saisi, en particulier si deux lois sont en conflit, en faisant prévaloir l'une sur l'autre. Par son refus de trancher entre la loi constitutionnelle et la loi ordinaire, il manque à sa mission ; mieux, lorsqu'il applique la loi ordinaire qui semble inconstitutionnelle — ce qu'il se refuse à contrôler —, la norme inférieure prend le pas sur la règle supérieure.

Mais la logique de cette argumentation est toujours restée lettre morte, car l'idée d'instaurer une protection contre la loi par le contrôle de constitutionnalité est traditionnellement rejetée en droit français. Malgré le progrès réalisé sur ce point par la Constitution de 1958 par rapport à sa devancière, l'article 61 est loin d'instituer un véritable contrôle de constitutionnalité. Il faut donc conclure que la loi au sens formel, c'est-à-dire l'acte voté par le Parlement échappe à tout recours juridictionnel.

Par. 3. — Reste la catégorie *des actes de l'administration*, par lesquels les autorités détenant une partie, si minime soit-elle, de la souveraineté, ont le pouvoir de prendre des décisions, unilatérales le plus souvent, qui s'imposent aux tiers, en vertu du « privilège de puissance publique », qui constitue l'élément fondamental de l'ac-

(4) C.E. 26 juin 1959 : Syndicat général des Ingénieurs-Conseils. Rec. p. 394 ; S. 1959.202, note Drago ; D. 1959.541, note L'Huillier ; R.D.P. 1959.1004, concl. Fournier ; A.J.D.A. 1959.I.153, Chr. Combarnous - Galabert ; R.A. 1959.381, note Georgel.

tion administrative. En ce qui concerne les libertés publiques, ces actes sont les plus nombreux et les plus importants, car c'est par eux qu'est réglementé leur exercice ; ils sont la source des plus grands dangers que courent les libertés. C'est en effet par l'administration qu'agit le pouvoir exécutif. Chargée de l'exécution des lois et du maintien de l'ordre public, l'administration peut être conduite à réglementer ou à restreindre les libertés publiques lorsque les circonstances l'imposent. A cet effet, elle édicte des mesures de police et se voit confier, au plan matériel, la répression des infractions. Disposant de la force publique, elle peut être tentée de s'en servir, dans le cadre de son action, pour porter les atteintes les plus graves aux libertés.

Voilà pourquoi une protection efficace doit être instituée contre les actes de l'administration : cette protection se trouve réalisée par le contrôle juridictionnel. Conséquence et sanction du principe de légalité, entendu au sens large — conformité à la règle de droit — il s'applique à tous les actes accomplis par les organes administratifs, c'est-à-dire gouvernement et personnes publiques décentralisées (département, communes). Pour se rendre compte de l'étendue et de la valeur du principe, il suffit de dresser, même sommairement, une liste des actes ou décisions pris par les personnes administratives et pouvant porter atteinte aux libertés publiques.

A cet égard, plusieurs critères de classification sont possibles :

— 1) Si l'on retient leur objet, position de Duguit et de son école, on distingue les actes-règles, décisions de portée générale et impersonnelle dont le type est le règlement, les actes subjectifs, visant une situation juridique individuelle, par exemple le contrat, et enfin les actes-conditions, appliquant les dispositions d'un statut général à un cas particulier, le type étant la nomination d'un fonctionnaire qui conditionne à son endroit l'application du statut de la Fonction Publique.

— 2) S'agit-il de s'en tenir à la formation de l'acte, on distingue l'acte unilatéral, œuvre d'une seule volonté, individuelle ou collective, qui constitue sous la forme de la décision exécutoire le mode d'action le plus courant de l'administration, et l'acte bi ou plurilatéral, qui implique la rencontre de deux ou plusieurs volontés, comme dans les contrats administratifs.

— 3) Si l'on retient l'autorité investie du pouvoir réglementaire, on trouve au sommet les actes du Premier Ministre. Sous la III^{me} République, le Président de la République disposait du pouvoir réglementaire général (art. 3 de la loi du 25 février 1875),

mais la Constitution de 1946 le lui a enlevé, sauf quelques exceptions (par exemple en ce qui concerne les mesures à l'égard des Territoires d'Outre-Mer : art. 72), et la Constitution de 1958 confirme cette évolution, l'article 21 attribuant en principe le pouvoir réglementaire au Premier Ministre. Toutefois, art. 13 : « le Président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en Conseil des Ministres » : la majorité de la doctrine a interprété cette disposition dans le sens d'un partage de la compétence réglementaire (5) ; mais on pourrait également soutenir que la signature des ordonnances et décrets visés à l'article 13 de la Constitution n'est qu'une mesure formelle, certifiant la régularité de la procédure selon laquelle le texte intervient : le Président de la République, au moins théoriquement, n'est pas responsable. Il reste qu'en principe c'est le Premier Ministre qui, dirigeant l'action du gouvernement et assurant l'exécution des lois, exerce le pouvoir réglementaire général par des décrets contresignés par les Ministres chargés de leur application. Son pouvoir réglementaire est d'ailleurs très large puisqu'il dépasse la stricte exécution des lois pour s'exercer même dans les matières qui ne sont pas du domaine de la loi, ceci d'une façon autonome, en particulier en matière de police. La notion d'exécution de la loi est donc entendue très largement.

Si le Premier Ministre détient seul le pouvoir réglementaire général, les Ministres ont, de leur côté, un pouvoir réglementaire spécial, dérivant de leur participation, par la formalité du contreseing, à celui du Premier Ministre et du Président de la République. Ce pouvoir n'existe cependant qu'à la condition d'être attribué par un texte à tel ou tel ministre : ainsi en est-il des pouvoirs confiés par l'ordonnance du 30 juin 1945 au Ministre des Finances et des Affaires Economiques en matière de réglementation des prix ou, exemple plus classique, de ceux qu'exerce le Ministre des Travaux Publics en matière de police des gares et voies ferrées ou de coordination des Transports, en vertu de l'ordonnance du 15 novembre 1946. La jurisprudence est allée plus loin et reconnaît aux ministres, ainsi qu'à tout chef de service, le pouvoir de réglementer, même sans texte, l'organisation et le fonctionnement des services mis sous leur autorité, c'est-à-dire de « prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous leur autorité » (6).

(5) RIVERO, *Droit administratif* 1965, n° 66, p. 64 ; DE LAUBADÈRE : « *Traité élémentaire* », n° 98, p. 73 ; VEDEL, *Droit administratif*, p. 153.

(6) C.E. 7 février 1936 : *Jamart*. S. 1937.3.113, note Rivero, G.A. p. 233 ; voir également C.E. 24 avril 1964, *Syndicat national des médecins des établisse-*

A l'inverse du pouvoir réglementaire des ministres, celui des préfets et des maires est spécial quant à leur compétence territoriale et général quant à son objet. Les préfets détiennent un pouvoir réglementaire en vue de l'exécution des lois dans les limites de leur circonscription, soit par attribution formelle de la loi (ainsi en matière de police), soit par délégation régulière du Gouvernement. Exceptionnellement, il peuvent se substituer aux maires en matière de police, ou exercer certaines de leurs attributions (art. 99 de la loi du 5 avril 1884). Mais le maire reste investi, en vertu de la loi de 1884 (art. 97) du pouvoir réglementaire de police dans le ressort de la commune.

Il faut signaler également que les Assemblées des Collectivités d'Outre-mer peuvent adopter des délibérations réglementaires s'appliquant aux territoires qu'elles représentent, et que par ailleurs les directeurs généraux et présidents d'organismes administratifs ou professionnels sont investis d'un certain pouvoir de réglementation dépassant le cadre de l'organisation et du fonctionnement du service : ainsi les décisions du Conseil du Crédit concernant la réduction ou la discrimination du crédit.

— 4) Si l'on s'attache enfin à retenir à la fois la forme de l'acte et son origine, c'est-à-dire son auteur, on distingue le décret en Conseil des Ministres, signé du Premier Ministre et du Président de la République et généralement contresigné par les ministres en exercice ; les décrets pris après avis du Conseil d'Etat, c'est-à-dire d'une part le règlement d'administration publique et le décret en forme de règlement d'administration publique, d'autre part le décret en Conseil d'Etat proprement dit (requérant l'avis d'une section administrative du Conseil, sans délibération en Assemblée générale) et le décret pris après avis d'un ou de plusieurs autres organismes consultatifs ; le décret simple pris sans formalité par le Premier Ministre et obligatoirement contresigné par un ministre au moins. Puis vient la catégorie des arrêtés, pris pour l'application de la loi ou celle des décrets quand ceux-ci ne sont pas assez précis, et émanant soit d'une autorité unique : ministre, préfet, maire, soit de plusieurs autorités : arrêtés interministériels ou interpréfectoraux.

— 5) Outre les décisions administratives réglementaires, les autorités administratives agissent souvent par voie de décision individuelle, limitée à un sujet unique ou un petit nombre de sujets.

Quotidiennement, en effet, l'administration est appelée à créer des droits à son profit, des obligations à la charge de certains administrés et des avantages en faveur d'autres. Son action exige diverses démarches par lesquelles elle ordonne, requiert, autorise, interdit, crée, supprime, proroge ; elle modifie constamment une foule de situations juridiques dans divers secteurs : décisions de police et leurs suites, assiette et recouvrement des impôts, fixation et paiement des dettes publiques, passation et exécution des contrats, gestion de la Fonction Publique... On retrouve la remarque faite plus haut à propos de l'action des particuliers : à tous les échelons et dans tous les secteurs, l'administration intervient pour la régler.

Tels sont, dans l'ensemble, les actes accomplis par les personnes administratives et leur seule énumération permet de constater qu'ils sont de loin les plus nombreux. Si l'on faisait la somme de tous les actes et décisions pris par les autorités publiques quelles qu'elles soient et à quelque titre que ce soit, il n'est pas exagéré d'affirmer qu'on en compterait, par jour, plusieurs dizaines de milliers. On assiste à une réaction en chaîne entre le moment où une décision est prise à l'échelon central et celui où elle se manifeste à chacun des administrés qu'elle concerne. C'est à la fois une projection et un éclatement.

Lorsqu'on affirme, dès lors, que tous ces actes, quels qu'ils soient, relèvent du contrôle juridictionnel, on comprend l'importance et la valeur de ce dernier. De surcroît, comme il a été dit des constatations faites à propos de l'évolution de la fonction gouvernementale, surtout en ce qui concerne le rôle effectif du gouvernement dans la préparation, l'élaboration, le vote et l'exécution de la loi, on mesure alors l'ampleur de la tâche dévolue au juge. Celui-ci peut connaître de tous les actes des particuliers et, à l'exception de la constitution et de la loi, et sous réserve de ce qui sera dit plus tard des actes de gouvernement et des traités de tous ceux du pouvoir : tel est le principe qui confère par lui-même une grande portée au contrôle juridictionnel. Mais c'est surtout dans la solution des difficultés d'application qu'il soulève que se traduira, en ce domaine, l'apport positif du juge.

SOUS-TITRE II

LES DIFFICULTES D'APPLICATION ET L'APPORT POSITIF DU JUGE

C'est lorsqu'il doit soigner une affection maligne ou subtile que le médecin fait la preuve de la sûreté de son diagnostic ; de la même façon, c'est dans la solution des cas litigieux que le juge peut donner toute sa mesure. Si, conscient de son rôle de protecteur des libertés publiques, il s'emploie à étendre le plus largement possible le domaine de son action, alors on pourra parler d'une œuvre positive de sa part, c'est-à-dire de son rôle normatif et de son pouvoir créateur. Or, précisément, l'objet du contrôle juridictionnel est entendu d'une manière extensive, ainsi qu'il ressort de la jurisprudence relative à l'application de la loi (chapitre 1) et du pouvoir réglementaire (chapitre 2). Finalement, rares sont les actes qui échappent au contrôle juridictionnel (chapitre 3).

CHAPITRE PREMIER

LE JUGE ET L'APPLICATION DE LA LOI

Section I

LES TENDANCES GENERALES DU CONTROLE

Il s'agit de savoir comment réagit le juge quand il est saisi d'un recours, intenté par le requérant, contre une disposition de loi. Si sa conduite se réfère à la tradition du droit public français consacrant le caractère souverain du législateur, il le rejettera toujours. De plus, estimant que la loi, expression de la volonté générale, ne peut être oppressive, puisque votée par le législateur, émanation directe du peuple, il n'hésitera pas à élargir le champ d'application de celle-ci. Par contre, s'il adopte un point de vue plus réaliste, comme celui qu'exprimaient certaines réserves des Déclarations révolutionnaires et selon lequel la loi peut être parfois oppressive, alors il lui donnera une acception limitative.

1. C'est cette seconde conception qui guide la jurisprudence : dans cette hypothèse, elle entend le mot « loi » au sens strict, parce que la loi échappe au contrôle juridictionnel, ce qui signifie, ainsi qu'on le verra ci-dessous, que le domaine du règlement est le plus large possible, car celui-ci est soumis au contrôle du juge. En d'autres termes, dans cet ensemble que forment la loi et le règlement, plus le domaine de l'un est exigü, plus celui de l'autre est vaste.

Mais surtout, à l'intérieur de ce domaine législatif entendu strictement, lorsque le juge estime qu'une disposition de la loi est contraire à une règle générale de droit ou porte atteinte à une

liberté publique, il exige pour l'appliquer que ses termes soient parfaitement explicites. S'il existe le doute le plus mince, il refuse de l'appliquer, motivant sa décision en des termes qui semblent parfois aller à l'encontre de la loi elle-même. C'est assez dire qu'en fait, il exerce un contrôle à l'égard de la loi ; mais l'idée même de contrôle, vérification de conformité, implique l'existence d'un point de comparaison, d'une référence, d'un fondement. Celui-ci se trouve dans des règles non écrites, dégagées par le juge pour des raisons d'équité et pour sauvegarder les libertés : les principes généraux du droit.

Il ne peut être question de reprendre un tel sujet, amplement développé par la doctrine (1), mais il est indispensable cependant de l'évoquer parce qu'il est en relation étroite avec le respect des libertés individuelles. On connaît la définition, devenue classique, que donnait des principes généraux du droit le Président Bouffandeau il y a une quinzaine d'années : ce sont « des règles de droit non écrites, ayant valeur législative et qui, par suite, s'imposent au pouvoir réglementaire et à l'autorité administrative, tant qu'elles n'ont pas été contredites par une disposition de loi positive... mais ces règles ne peuvent pas être regardées comme faisant partie d'un droit public coutumier, car pour la plupart, la constatation de leur existence par le juge administratif est relativement récente. En réalité, il s'agit d'une œuvre constructive de la Jurisprudence, réalisée pour des motifs supérieurs d'équité, afin d'assurer la sauvegarde des droits individuels des citoyens » (2). Telle est également l'opinion de MM. Weil, Long et Braibant, pour qui « il s'agit au fond d'une méthode d'interprétation qui tend à présumer chez le législateur la volonté de respecter les libertés essentielles de l'individu à une époque où elles se trouvent particulièrement menacées » (3).

(1) Voir B. Jeanneau : « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence », Thèse, Paris, 1956 ; J. RIVERO : « Le juge administratif : un juge qui gouverne ? », D. 1951, chr. p. 21.

M. LETOURNEUR : « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », E.D.C.E. 1951, p. 19.

R. CHAPUS : Chr. D. 1960, p. 119 : « De la soumission au droit des règlements autonomes ».

G. MORANGE : « Les principes généraux du droit sous la V^{me} République », R.D.P. 1960, p. 1188.

G. BRAIBANT : « L'arrêt syndical des ingénieurs-conseils et la théorie des principes généraux du droit », E.D.C.E. 1962, p. 67.

J. ROCHE : Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence », A.J.D.A. 1962.

(2) Cité par M. LETOURNEUR *in* art. précité, E.D.C.E. 1951, p. 19.

(3) Note sous C.E. 9 mars 1951, Société des concerts du Conservatoire, G.A.J.A. 1965, n° 87, p. 344.

De son côté, le Doyen Vedel rattache les principes généraux du droit à l'œuvre positive du juge, qui non seulement applique, mais aussi crée et découvre le droit. Leur base est très générale et procède de la mission du juge. « La jurisprudence récente, écrit-il, a innové beaucoup plus dans le vocabulaire que dans le fond en consacrant la valeur des principes généraux. En effet, depuis les origines du droit administratif, le Conseil d'Etat pose des règles qui ne peuvent être rattachées à aucun texte de façon directe : tout le droit commun de la responsabilité administrative, tout le droit des contrats administratifs ont été ainsi définis par le juge administratif, indépendamment de toute source écrite du droit puisqu'aussi bien (cf. arrêt Blanco) le juge administratif a écarté en bloc dans ces matières les dispositions du Code Civil et n'a pas trouvé dans les lois administratives un corps de principes à leur substituer ; il a donc dû élaborer lui-même ces principes. Ainsi, le recours aux principes généraux est un cas particulier de la mise en œuvre du pouvoir normatif de la jurisprudence » (4).

Ainsi placée dans son cadre spécifique, la démarche du juge, empreinte de réalisme, consiste à mettre le principe de la supériorité de la loi à sa place véritable, dans son contexte. C'est d'après la réalité et non en fonction d'une règle préétablie qu'il résoudra le problème. Or, quelle est la réalité, sinon de sauvegarder la liberté et l'égalité des individus, l'une et l'autre étant indissolublement liées ? C'est normalement le rôle de la loi, expression de la volonté générale, d'énoncer ces principes ; mais si la loi ne se prononce pas, ils n'en existent pas moins, et leur expression ne fait que suppléer à la carence de la loi. Autrement dit, la supériorité de la loi existe parce qu'on presume qu'elle respecte la liberté et l'égalité sous toutes ses formes.

Il en résulte d'une part qu'en cas de silence du législateur, les principes seront énoncés et appliqués par le juge avec valeur législative, d'autre part, que si une disposition de loi va à l'encontre de ces principes, le juge ne l'appliquera qu'à la dernière extrémité, lorsque les termes en seront si explicites et si formels qu'aucun doute ne sera plus permis. S'il y a place, si réduite soit-elle, pour une interprétation de la volonté du législateur, le juge s'y livrera en présumant toujours le respect de la liberté par le législateur. C'est dans cette mesure qu'on peut parler d'apport positif du juge ; celui-ci, en outre, devant une disposition de loi dérogeant à un principe général, l'interprétera de la façon la plus restrictive, la

(4) G. VEDEL, *Droit administratif* 1964, P.U.F. pp. 201 et 202.

considérant au fond comme une exception au principe. On voit que le raisonnement suivi se fonde non sur la supériorité inconditionnelle de la loi, mais sur la sauvegarde de la liberté, au travers de ses différentes manifestations.

2. L'illustration la plus typique de cette façon de procéder est fournie par le célèbre arrêt « Ministre de l'Agriculture contre Dame Lamotte », rendu le 17 février 1950 par le Conseil d'Etat (5). Celui-ci avait annulé à deux reprises en 1942 et 1943 deux concessions de terres faites par un préfet en vertu d'une loi du 27 août 1940 qui autorisait les préfets à concéder toute parcelle de terre abandonnée ou non cultivée depuis plus de deux ans. Le préfet prit alors un arrêté de réquisition qui fut également annulé, puis un nouvel arrêté de réquisition qui fut également annulé, puis un nouvel arrêté de concession le 10 août 1944. Mais auparavant, une loi du 23 mai 1943 avait supprimé toute possibilité de recours contre les actes de concession, et ceci en des termes qui ne laissaient planer aucun doute sur la volonté du législateur. L'article 4 alinéa 2 de la loi du 23 mai 1943 disposait en effet que « l'octroi de la concession ne peut faire l'objet d'aucun recours administratif ou judiciaire ».

Le Conseil d'Etat jugea cependant que cette disposition ne pouvait faire obstacle au principe selon lequel tout citoyen lésé dans ses droits ou ses intérêts par un acte administratif dispose d'un recours contentieux pour faire annuler cet acte, règle qui découle directement du principe de légalité et du respect de la liberté qui en est à la fois la conséquence et la cause : « elle (cette disposition) n'a pas exclu le recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat..., recours qui est ouvert même sans texte contre tout acte administratif et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit le respect de la légalité ».

Cette formule, par sa généralité, prouve bien, le rôle important joué par le juge administratif dans la protection des libertés. D'abord, en effet, on y retrouve l'affirmation faite ci-dessus, selon laquelle tout acte administratif est susceptible de recours juridictionnel ; d'autre part, elle traduit parfaitement la démarche du juge et son souci de ne considérer la légalité que comme un élément de la liberté. Ce point, essentiel pour la démonstration n'a, en général, pas été développé sous cet angle par les commentateurs, et on ne saurait trop y insister. Le juge, au fond, avait à choisir entre deux légalités, l'une particulière et formelle, excluant « tout recours

(5) Rec. p. 110 ; R.D.P. 1951.478, concl. Delvolvé, note Waline.

administratif ou judiciaire », l'autre traditionnelle et matérielle, consacrée par l'article 32 de l'ordonnance du 31 juillet 1945, soumettant à un contrôle de légalité du Conseil d'Etat les actes de l'administration, parce que c'est là une garantie contre l'arbitraire administratif. S'il penche en faveur de la seconde, c'est parce que tout homme a le droit de se défendre lorsqu'une mesure est prise à son encontre, parce que « la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme » (art. 11 Décl. des Droits de l'Homme), bref, parce qu'il est libre de penser, d'écrire, de se défendre. Voilà le critère de la vraie légalité qui est finalement la seule et l'unique : celle qui conditionne et protège l'exercice des libertés. C'est pourquoi, l'existence du recours pour excès de pouvoir contre tout acte administratif découlant du principe de légalité, le législateur n'a pas pu vouloir exclure ce recours, puisqu'il ne l'a pas mentionné dans son exclusion générale.

Tel est le sens de cette jurisprudence, confirmée, depuis lors, à plusieurs reprises : C.E. 17 avril 1953 : Falco et Vidaillac (6), à propos des décisions rendues par le bureau de vote du Conseil supérieur de la magistrature (art. 8, alinéa 3 de la loi du 1^{er} février 1947); C.E. 16 déc. 1955, époux Deltel (7), à propos des décisions de la Commission de répartition de l'indemnité due aux Français lésés par des nationalisations yougoslaves (art. 5, loi du 21 juillet 1952 : la commission « statue souverainement »...); C.E. 17 mai 1957 Simonet (8), à propos des décisions émanant de la Commission chargée de statuer sur l'éligibilité des membres du Conseil Economique et la régularité de leur désignation (art. 2, loi du 20 août 1947 modifié par la loi du 14 septembre 1948). Dans ses conclusions le Commissaire du Gouvernement Heumann devait rappeler l'état de la jurisprudence et ajoutait : « Trouvez-vous dans ladite loi l'indication de la volonté formelle du législateur de supprimer la garantie du recours pour excès de pouvoir ? Nullement. De leur côté, les travaux parlementaires ne fournissent aucun élément ou indication en ce sens et d'ailleurs, une intention même certaine ne saurait, en cette matière, suppléer à une disposition ex-

(6) Rec. 175 ; S. 1953.3.33, note Mathiot ; D. 1953, p. 683, note Eisenmann ; R.D.P. 1953, p. 448, concl. Donnedieu de Vabres, note Waline ; J.C.P. 1953.II.7598, note Vedel ; G.P. 1953.I.300 ; Revue adm. 1953, p. 265, note Liet-Veaux ; G.A.J.A. n° 100, p. 388.

(7) Rec. p. 592 ; D. 1956, p. 44, concl. Laurent ; R.D.P. 1956, p. 150, note Waline.

(8) Rec. p. 314, concl. Heumann ; S. 1957, p. 351, concl. Heumann ; D. 1957, p. 580, note Jeanneau ; A.J.D.A. 1957.II.270, Chr. Fournier et Braibant.

presse inscrite dans le texte de la loi » (9). A supposer par conséquent que le législateur exprime l'intention, dans les travaux préparatoires, de supprimer même le recours pour excès de pouvoir, le juge refuserait d'en tenir compte si le texte de loi ne le stipulait pas expressément, ce qui est une dérogation aux règles normales d'interprétation de la volonté du législateur et constitue une preuve supplémentaire de la fermeté de la position du juge sur ce sujet.

La même rigueur se manifeste à propos du recours en cassation contre les décisions des juridictions administratives statuant en dernier ressort : C.E. 7 février 1947 : d'Aillères (10). L'article 18 bis, alinéa 3 de l'ordonnance du 6 avril 1945 stipulait que la décision rendue par le jury d'honneur en matière d'inéligibilité « n'est susceptible d'aucun recours ». Le Conseil d'Etat déclara pourtant que « l'expression dont a usé le législateur ne peut être interprétée, en l'absence d'une volonté contraire clairement manifestée par les auteurs de cette disposition, comme excluant le recours en cassation devant le Conseil d'Etat ».

« Aucun recours administratif ou judiciaire », « aucun recours », « la commission statue souverainement » : ces formules ont été interprétées par le Conseil d'Etat de la façon la plus restrictive, au point de reconnaître la suprématie du principe général sur la loi. A la vérité, en ce qui concerne le recours en cassation, il existe cependant une exception, la seule en vingt ans de jurisprudence (11) dans laquelle le Conseil d'Etat s'incline devant une exclusion de tout recours édictée par une loi ; il s'agit des arrêts Brusset et Dreyfus-Schmidt rendus en Assemblée le 8 juin 1951 (12). Mais ici intervenait une précision supplémentaire en matière de délai, qui devait orienter le choix de la Haute Juridiction. Aux termes de l'article 6, dernier alinéa, de la loi du 5 octobre 1946, modifiée par la loi du 9 mai 1951, il était déclaré que « en cas de contestation au sujet de l'enregistrement d'une liste ou d'une déclaration d'appareusement, les candidats de cette liste peuvent se pourvoir devant le Conseil de Préfecture. Ce tribunal doit rendre dans les trois jours sa décision, qui sera sans appel ». L'expression est semblable aux précédentes, mais l'existence de ce délai de trois jours imparti au Conseil de Préfecture pour statuer permit au juge de penser que

(9) Rec. p. 318.

(10) Rec. p. 50 ; R.D.P. 1947, p. 68, concl. Odent, note Waline ; J.C.P. 1947.II.3508, note Morange.

(11) L'arrêt Canal (C.E. 1962, A.J.D.A. 1962, p. 626), qui sera étudié plus loin, pose un problème différent.

(12) J.C.P. 1952.II.6810, note Vedel.

le législateur voulait que le contentieux de l'incident électoral trouvât sa solution non seulement avant la date de l'élection, mais encore dans un délai autorisant un déroulement normal de la période électorale, ce qui excluait, si rapide soit-elle, toute intervention du juge de cassation. C'est pourquoi le Conseil d'Etat affirma en l'espèce qu'« en supprimant expressément la voie du recours ordinaire ouverte contre les arrêtés des Conseils de Préfecture et en fixant à trois jours le délai imparti aux dits Conseils pour statuer sur les contestations dont il s'agit, le législateur a manifestement voulu que les décisions qu'ils sont appelés à rendre en cette matière ne puissent être frappées d'aucun recours ; qu'ainsi les dispositions législatives sus-mentionnées ne laissent pas de place à l'application du principe consacré par l'article 32 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 et à ce titre excluent notamment la recevabilité du recours en cassation ».

Il reste que cette argumentation n'est pas très convaincante, en particulier par le caractère « manifeste » de la volonté du législateur, laquelle n'est qu'une volonté présumée, fruit d'une assez longue déduction. Le fait que ces arrêts soient demeurés isolés et que les commentateurs n'aient pas ménagé les critiques à leur égard montre combien la hardiesse du Conseil d'Etat dans la jurisprudence « Dame Lamotte » était bien venue, parce qu'elle contribuait à défendre l'exercice des libertés. « Sans doute, écrivait le Doyen Vedel à propos de ces arrêts, pourra-t-on rester un peu sceptique sur cette volonté du législateur qui conduit à lire de façon si différente des textes si proches dans leur lettre, comme le montre la comparaison de nos arrêts avec les arrêts d'Aillières ou dame Lamotte. Mais ceci est dans la tradition de l'interprétation très libre de la loi par le juge administratif, pour qui le législateur est toujours animé d'intentions excellentes, perspicaces et sans lacunes, malheureusement exprimées dans un langage balbutiant, auquel on ne peut faire confiance. Fiction bienfaisante sur laquelle s'est construit tout le droit administratif français, et sur laquelle juge et commentateurs s'appuient par une habitude devenue réflexe » (13).

Section II

DELIMITATION DU DOMAINE LEGISLATIF SOUS LA CONSTITUTION DE 1958

Le rôle du juge, déjà considérable, on le voit, sous la IV^{me} République, a pris une extension plus grande encore sous le régime

(13) Note sous arrêts précités, J.C.P. 1952.II.6810.

de la Constitution de 1958, avec la répartition des compétences opérée dans les articles 34, 37 et 41 entre le Parlement et le Gouvernement. Celle-ci entraîne des difficultés nouvelles de délimitation de frontières entre le domaine législatif et le domaine réglementaire, difficultés dont la solution doit être donnée par le juge. Retrouverait-on dans la jurisprudence la même ligne d'action et le souci de défendre les libertés ?

Sous-Section I

LE MECANISME CONSTITUTIONNEL

Sous la Constitution de 1946 et d'après l'application qui en a été faite — en particulier par la loi du 17 août 1948 et par les lois de pleins pouvoirs —, toutes les matières étaient en principe législatives, les matières réglementaires constituant l'exception ; le Parlement était souverain pour fixer la frontière entre la loi et le règlement, et pouvait toujours remettre dans le domaine législatif des matières qu'il avait déclarées réglementaires auparavant.

La Constitution de 1958 au contraire s'inspire d'une nouvelle définition de la loi, acte voté par le Parlement, mais concernant des matières définies constitutionnellement comme relevant du pouvoir législatif. Ce n'est donc pas seulement sa forme (le vote du Parlement), mais aussi son objet (les matières réservées par la Constitution) qui la définissent. Il en résulte que les matières réglementaires sont le principe (art. 37, alinéa 1) et les matières législatives l'exception ; d'autre part, c'est la Constitution qui opère la délimitation entre les domaines respectifs de la loi et du règlement (article 34) ; enfin, le Parlement ne peut pas légiférer dans les matières réglementaires (articles 41 et 37, 2^{me} alinéa). Défini de façon limitative, le domaine de la loi comprend essentiellement, selon l'article 34, la matière des droits et libertés individuelles ainsi que les principes généraux de l'organisation politique, économique et sociale du pays. D'autres articles de la Constitution complètent sur certains points le domaine législatif : article 3, alinéa 4 (conditions pour être électeurs), article 35 (déclaration de guerre), article 36 (prolongation au-delà de douze jours de l'état de siège), article 47, alinéa 1 (vote de la loi de finances), article 53 (approbation des traités), article 66 (arrestations arbitraires), article 72, alinéa 1 (création de collectivités territoriales) et alinéa 2 (administration des collectivités locales par des conseils élus), articles 73 et 74 (organisation des départements d'Outre-Mer et des territoires d'Outre-Mer).

Ainsi, on peut remarquer que les constituants de 1958 ont voulu que le Parlement soit le défenseur des libertés publiques et ne prenne par voie législative que des textes fondamentaux. Cette répartition nouvelle des compétences entre le Parlement et le Gouvernement tente de définir un équilibre entre les pouvoirs publics, puisque le Parlement est limité aux grandes options alors que le gouvernement est en quelque sorte le législateur de droit commun. Mais tout dépend du maintien de cet équilibre et c'est là qu'intervient le juge, pour faire respecter la répartition des compétences et l'utilisation qui en est faite. A cet effet existent divers moyens de sanctionner tant les incursions du Parlement dans le domaine réglementaire que les empiètements du Gouvernement dans le domaine législatif.

Par. 1. — S'agit-il de l'intrusion du Parlement dans le domaine réglementaire, plusieurs hypothèses sont à envisager, et la Constitution a été très précise sur ce point, comme si l'on craignait que le Parlement ne voulût reconquérir le domaine qui lui était enlevé.

a) Le Parlement veut légiférer dans un domaine qui n'est pas le sien, ou que le Gouvernement estime être réglementaire. Il en serait ainsi d'une proposition de loi ou d'un amendement débordant du cadre de l'article 34 ou concernant une matière confiée provisoirement au Gouvernement par le Parlement, en vertu de l'article 38. Le Gouvernement recourt alors à la procédure de l'article 41 en opposant l'irrecevabilité de la proposition ou de l'amendement. Le Président de l'Assemblée saisie ou bien admet l'irrecevabilité, et le texte litigieux se trouve écarté, ou bien ne l'admet pas, et le Gouvernement peut porter le litige devant le Conseil constitutionnel, qui a huit jours pour rendre une décision qui s'impose « aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles » (art. 62 alinéa 2). La saisine du Conseil Constitutionnel interrompt la discussion parlementaire, qui ne peut reprendre que si le texte litigieux est reconnu comme faisant partie du domaine de la loi.

b) Le Parlement adopte une proposition de loi dans une matière entrant dans le domaine réglementaire. Analogue à la précédente, cette hypothèse en diffère en ce qu'on veut éviter que soit tournée la séparation de compétence de l'article 34, par un accord entre Parlement et Gouvernement. Dans ce cas en effet, c'est avec l'assentiment du Gouvernement, qui ne soulèverait pas l'irrecevabilité de l'article 41, que serait voté le texte qui échappe à la compétence du Parlement. La Constitution prévoit alors qu'avant la pro-

mulgation, la loi litigieuse peut être déférée au Conseil Constitutionnel par le Président de la République (sans contreséing), le Premier Ministre ou le Président de l'une ou l'autre Assemblée (article 61, alinéa 2). Si le Conseil admet le caractère réglementaire de la loi, ou d'une partie de celle-ci, elle n'est pas promulguée, ou ne l'est que dans ses parties non litigieuses.

c) Le Parlement a adopté et le Président de la République promulgué une loi intervenue dans le domaine réglementaire, c'est-à-dire qu'après promulgation de la loi, on s'aperçoit qu'elle fait partie du domaine réglementaire. Le cas peut se produire en raison des difficultés de délimitation des matières législatives et réglementaires. En ce cas, l'article 37, alinéa 2, permet au Gouvernement de modifier par décret, pris après avis du Conseil d'Etat, un texte de forme législative, après que le Conseil Constitutionnel ait déclaré que ce texte avait un caractère réglementaire.

d) Le Gouvernement prend par ordonnance, en vertu de l'article 38, une mesure entrant dans le domaine réglementaire. Dans cette hypothèse, plus particulière, le Gouvernement, par une loi d'habilitation prévue à l'article 38, reçoit l'autorisation de procéder par ordonnance, pendant un délai limité, dans un domaine normalement législatif. Il prend une ordonnance dans laquelle se trouvent à la fois des mesures d'ordre législatif et d'autres d'ordre réglementaire, celles-ci étant en général des mesures d'application des premières. Une fois le délai écoulé, l'ordonnance acquiert la même valeur qu'une loi et ne peut plus être modifiée que par un vote du Parlement. Le Gouvernement a donc inséré dans le domaine législatif des matières d'ordre réglementaire.

Si par la suite le Gouvernement veut modifier l'ordonnance et s'aperçoit que les dispositions qu'il veut changer ont un caractère réglementaire et auraient dû figurer dans un décret d'application et non dans le texte de l'ordonnance, il peut alors utiliser la procédure de l'article 37, alinéa 2, après avoir fait déclarer par le Conseil constitutionnel que les mesures en cause se trouvant dans une ordonnance, ont en réalité un caractère réglementaire.

Ainsi, en cas d'incursion du Parlement dans le domaine réglementaire, on constate qu'il existe au profit du gouvernement diverses procédures constitutionnelles pour défendre les matières réglementaires. Qu'en est-il, à l'inverse, lorsque le Gouvernement réglemente un domaine qui est législatif ?

Par. 2. — *En cas d'empiètement du Gouvernement dans le domaine législatif, la Constitution est beaucoup moins explicite. Deux*

solutions sont possibles cependant. D'abord, un parlementaire peut déposer une proposition de loi portant abrogation du décret ; si le Gouvernement estime que le texte entre bien dans le domaine réglementaire, il opposera l'irrecevabilité de l'article 41, et l'on se trouve ramené à la première hypothèse exposée ci-dessus (cf. a).

Ensuite et surtout, les règlements comme tous les actes administratifs sont soumis à un contrôle juridictionnel très largement étendu, on le verra bientôt, en particulier par le recours pour excès de pouvoir. Par conséquent, tout citoyen ou toute personne morale, à qui le texte fait suffisamment grief et qui a donc intérêt à agir peut attaquer le décret devant le juge administratif (le Conseil d'Etat) et demander son annulation ou sa non-application pour le motif d'incompétence tiré de ce que le règlement interviendrait dans le domaine législatif.

* Il apparaît ainsi que la limite fixée par la Constitution entre la loi et le règlement est garantie par deux ordres différents de juridictions. La protection du domaine réglementaire contre les emprises du législateur est assurée par le Conseil constitutionnel, tandis que celle du domaine législatif contre les empiètements du pouvoir réglementaire est et demeure, selon la tradition, confiée au juge administratif (14). Cette dualité ne peut manquer d'être la source de nombreuses difficultés, puisque, comme l'écrit le Doyen Vedel, « une frontière unique doit être délimitée par deux juridictions différentes, indépendantes l'une de l'autre » (15).

Sous-Section II

L'ŒUVRE JURISPRUDENTIELLE

En ce qui concerne les libertés, la question est d'importance car l'article 34 place dans le domaine législatif essentiellement les libertés et droits individuels, et les principes généraux de l'organisation politique, économique et sociale du pays : la loi se veut directement protectrice des libertés. Si l'on examine dans cette optique la jurisprudence du Conseil constitutionnel et celle du Conseil d'Etat, on constate que, si elles semblent ne pas toujours concorder, elles trouvent pourtant leur point commun dans le souci

(14) Sauf cas particulier, tels que l'exception d'illégalité portée devant les tribunaux de l'ordre judiciaire ; voir Cl. GUYARD : « La compétence des tribunaux judiciaires en matière administrative », Paris, Domat-Montchrétien, 1962.

(15) G. VEDEL, Droit administratif, p. 175.

constant de garantir l'exercice des libertés publiques. Elles procèdent d'une idée générale commune : *quand un texte de loi vise à protéger une liberté, le juge aura tendance à l'inclure dans le champ de la loi, interprétant celle-ci dans un sens extensif ; quand au contraire un texte est susceptible de causer des menaces, plus ou moins lointaines, à l'encontre d'une liberté, il tendra à le soumettre à son contrôle et, par voie de conséquence, à interpréter la loi dans un sens restrictif*. Ce n'est là, est-il besoin de l'ajouter, qu'une tendance générale se dégageant lentement après bien des hésitations, voire parfois des retours.

Par. 1. - Le Conseil constitutionnel.

Le Conseil constitutionnel, en effet, rend assez peu de décisions sur examen de textes de forme législative, c'est-à-dire selon la procédure prévue par l'article 37, alinéa 2, de la Constitution ou sur examen de fins de non recevoir (article 41) : moins d'une dizaine en moyenne par an. De plus, il précise assez souvent que sa décision n'a de relation qu'avec l'espèce en cause. Néanmoins, on peut relever que certaines expressions reviennent en permanence et que l'argumentation juridique permet, par sa rigueur, de dégager une véritable jurisprudence. D'ailleurs, l'autorité de ses décisions s'attache non seulement aux dispositifs mais aussi aux motifs, « qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même » (16). Dans le même sens, la décision du 16 janvier 1962 rappelle qu'elle « s'impose aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles, avec la portée même que lui donnent les motifs sus-rappelés qui en sont le soutien nécessaire » (17).

L'importance intrinsèque de la jurisprudence du Conseil constitutionnel n'en donne que plus de valeur aux principes qu'elle dégage et qui visent à conférer au domaine de la loi une extension certaine, dans les « règles » comme dans les « principes fondamentaux », c'est-à-dire dans son objet comme dans sa portée, ou encore, pour reprendre une terminologie utilisée récemment, « en étendue » comme « en profondeur » (18).

1° - LES RÈGLES :

a) La protection la plus efficace semble assurée par l'inclusion dans le domaine législatif de la fixation des règles concernant « les

(16) Décision du 5 janvier 1962, J.O. du 25 février 1962.

(17) Recueil des décisions du Conseil constitutionnel, p. 31.

(18) Alain-Gérard COHEN : « La jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au domaine de la loi d'après l'article 34 de la Constitution », R.D.P. 1963, p. 745.

garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques », mais ce texte n'a, à ce jour, servi de fondement qu'à une décision du Conseil constitutionnel, rendue à propos du statut de la radiodiffusion-télévision française édicté par l'ordonnance du 4 février 1959 (qui devait par la suite, faire place à la loi du 27 juin 1964 (19)).

Dans cette décision, en date du 19 mars 1964 (20), le Conseil, après avoir rappelé que la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, ainsi que celles concernant la création de catégories d'établissements publics, déclare que « la radiodiffusion-télévision française a pour objet notamment la communication des idées et des informations ; qu'elle intéresse ainsi une des libertés publiques dont les garanties fondamentales relèvent de la disposition précitée de l'article 34 ; que de ce fait et par le monopole des émissions qu'elle a reçu en ce domaine, elle constitue, à elle seule, une catégorie d'établissement public sans équivalent sur le plan national ; que, dès lors, le législateur est seul compétent pour fixer ses règles de création, lesquelles comprennent nécessairement ses règles constitutives ; qu'au nombre de ces dernières, il y a lieu de ranger, non seulement, celles qui déterminent les rapports de la radiodiffusion-télévision française avec l'Etat, mais encore, en raison du caractère exceptionnel que celle-ci présente pour les motifs sus-indiqués, les règles qui fixent le cadre général de son organisation et de son fonctionnement ».

On constate donc que, parce qu'elle intéresse les libertés publiques en raison de son objet et a reçu le monopole des émissions, la R.T.F. constitue à elle seule une catégorie d'établissement public. C'est un critère extensif qui est ainsi retenu puisqu'il est tiré non de la notion de pluralité, mais du caractère particulier et unique de l'établissement, de son absence d'équivalent (cf. *infra* la reprise de ce même critère à propos de la création de nouveaux ordres de juridiction).

Cette interprétation large se retrouve également en ce qui concerne la notion de « création » d'une catégorie, car il s'agit non seulement des règles de compétence et de procédure relatives à la création proprement dite, mais encore des « règles constitutives » de l'établissement, parmi lesquelles il faut ranger celles qui déter-

(19) D. 1964, p. 215.

(20) D. 1965, p. 189, note L. Hamon.

minent les rapports de l'établissement public considéré avec l'Etat, ainsi que, en raison du caractère exceptionnel de la R.T.F., celles qui fixent le cadre général de son organisation et de son fonctionnement. Le mot « création » reçoit ainsi un sens « actif », recouvrant non seulement la manière de créer, mais aussi ce qui est créé, dans ses traits essentiels. Seul l'aménagement interne, c'est-à-dire les questions d'organisation intérieure, sont du domaine réglementaire. On peut donc penser que cette acception extensive tant du terme « catégorie » que de celui de « création » est due à leur relation avec les libertés publiques, et au souci de les protéger.

b) En dehors des « garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques », les libertés sont visées en de nombreux points de l'article 34 et ont fondé plusieurs décisions du Conseil constitutionnel.

Amené à se prononcer, par exemple, sur la question des « *droits civiques* », il énonce qu'au nombre des règles les concernant figure notamment l'attribution du droit de suffrage et que, en raison de son objet, la détermination d'une des catégories de citoyens autorisés à voter par procuration « doit être regardée comme faisant partie des règles concernant le droit de suffrage qu'il appartient au législateur de fixer » (21). L'année suivante, il précise que parmi les règles concernant les droits civiques, ainsi que le régime électoral des assemblées parlementaires et des assemblées locales « figurent notamment celles qui sont relatives à l'attribution du droit de suffrage, à l'éligibilité, au mode de scrutin, à la répartition des sièges, ainsi que celles qui concernent l'ouverture des recours qui peuvent être éventuellement formés contre les élections et les effets des décisions juridictionnelles par lesquelles il est statué sur ces recours » (22).

Ainsi, le Conseil affirme que l'attribution du droit de suffrage n'existe réellement que si, d'une part, les actes ou les mesures qui sont la condition pratique de son existence peuvent être librement mis en œuvre, en particulier le droit de vote par procuration, et si d'autre part les conséquences pratiques qui s'y attachent, telles que l'éligibilité, le mode de scrutin, les effets des décisions juridictionnelles rendues sur recours, lui conservent toute sa valeur. Loin d'être envisagé dans l'absolu, le droit de suffrage est pris « *in concreto* » et entraîne avec lui dans le domaine législatif toute

(21) Décision du 3 mai 1961 - S. 1961, p. 349, note L. Hamon.

(22) Décision n° 62-20 L. du 4 décembre 1962 - Recueil des décisions du C.C., p. 34.

une série d'actes annexes, antérieurs ou postérieurs à son exercice, mais qui en fait, en sont la condition. Allant plus loin encore, M. Léo Hamon écrit que « le raisonnement peut être généralisé pour l'interprétation de l'article 34 : quand l'existence d'un droit est dans le domaine de la loi, le principe de sa possibilité pratique d'exercice ne peut en être exclu » (23).

c) On peut donc, semble-t-il, l'appliquer également aux « *garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat* ». Ceux-ci, c'est un lieu commun de le souligner, sont dans une situation particulière et délicate, puisqu'ils représentent l'Etat, tout en étant eux-mêmes de simples citoyens. Placés, dans leur carrière, sous la dépendance de l'Administration, ils courent des dangers que ne connaissent pas les autres travailleurs et ont besoin de garanties spéciales contre l'arbitraire, surtout à l'entrée et à la sortie de la fonction, c'est-à-dire en matière de recrutement et de perte de la qualité de fonctionnaire.

1. — En ce qui concerne le recrutement, on sait que la garantie fondamentale est constituée par le concours. L'article 18 de l'ordonnance n° 59/244 du 4 février 1959, relative au statut général de la Fonction Publique stipule que, sous réserve des mesures prévues par la législation sur les emplois réservés, tous les fonctionnaires sont recrutés par voie de concours. En d'autres termes, à part les exceptions prévues par la loi elle-même, le principe du concours ne peut faire l'objet d'une intervention du pouvoir réglementaire : seul le législateur a compétence sur ce point, et le Conseil constitutionnel l'a rappelé très nettement dans une décision du 19 février 1963 (24). Sur une question concernant le personnel des cadres actifs de l'Armée de l'Air, répondant au Premier Ministre qui demandait si certaines dispositions législatives intervenues postérieurement à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958 avaient ou non un caractère réglementaire, le Conseil a décidé qu'elles ne concernaient les garanties fondamentales que dans la mesure où elles consacraient le principe d'un concours public, mais que, par contre, les conditions d'admission au concours n'en étaient qu'une mise en œuvre, relevant à ce titre du pouvoir réglementaire. Donc, s'il apparaît opportun de déroger à la règle du concours, il sera indispensable qu'un texte législatif intervienne, puisqu'il s'agit de porter atteinte à une garantie fondamentale. En revanche, les modalités du concours, notamment les conditions d'admission, demeurent du ressort du règlement.

(23) Note sous C.C. 3 mai 1961, S. 1961, p. 350.

(24) J.O. du 20 avril ; A.J.D.A. 1963, p. 427.

2. — Quant à la qualité de fonctionnaire, elle est aussi une garantie fondamentale en ce sens que, hormis les cas prévus à l'article 50 du statut général des fonctionnaires (démission, licenciements, révocation, admission à la retraite, perte de la nationalité française ou des droits civiques, non-réintégration à l'expiration d'une période de disponibilité), aucun acte réglementaire ne peut faire perdre sa qualité de fonctionnaire à un agent de l'Etat. La garantie se trouve dans le maintien de l'application du statut général de la Fonction publique, ou dans l'application d'une ou plusieurs de ses dispositions. C'est ce qui résulte de la décision du Conseil constitutionnel du 29 janvier 1960 (25) rendue à propos de mesures complémentaires d'intégration et de détachement pour les anciens contrôleurs civils du Maroc et de la Tunisie.

« Considérant que l'ordonnance du 4 février 1959 relative à la situation des contrôleurs civils du Maroc et de Tunisie et des adjoints de contrôle du Maroc a pour objet d'ouvrir aux fonctionnaires appartenant aux catégories sus-énoncées et qui n'ont pu bénéficier des mesures d'intégration ou de détachement prévues par les dispositions législatives antérieures, un droit à bénéficier de mesures complémentaires d'intégration ou de détachement et de fixer les conditions dans lesquelles celles-ci seront réalisées ; que de telles mesures concernent « les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires ».

Les termes de la décision du 14 octobre 1960 (26) sont encore plus nets. L'ordonnance du 4 février 1959 portant statut de la R.T.F. avait donné au personnel un droit d'option entre le maintien dans le statut de fonctionnaire, et un nouveau statut particulier. Le Conseil constitutionnel, saisi de la nature de l'acte instituant le délai durant lequel l'option pouvait être exercée, déclara qu'il était de nature réglementaire, car « la disposition dont il s'agit, tendant à permettre aux intéressés d'exercer en toute connaissance de cause le choix sus-mentionné, ne vise qu'à mettre en œuvre, dans ce cas particulier, la garantie fondamentale que constitue le maintien en leur faveur du statut général dont ils relèvent ».

On peut noter que c'est cette interprétation qui a prévalu dans l'esprit du gouvernement à propos des personnels du service d'exploitation industrielle des tabacs et allumettes ; le décret du 6

(25) N° 60-2 L, Recueil des décisions du C.C., p. 29.

(26) N° 60-8 L, Recueil des décisions du C.C., p. 37 ; S. 1961, p. 163, note L. Hamon.

juillet 1962, en son article 139, plaçait de plein droit les anciens fonctionnaires du S.E.I.T.A. sous l'empire du nouveau statut, mais leur laissait la possibilité d'opter pour l'ancien. Prévoyant d'ailleurs une annulation possible de ces dispositions par les juridictions administratives, puisqu'en l'espèce une mesure réglementaire faisait perdre aux personnels du S.E.I.T.A. la qualité de fonctionnaire; le gouvernement devait par la suite en demander validation législative, réalisée par l'article 61 de la loi de finances 63-1241 du 19 décembre 1963. Ce faisant, le gouvernement se pliait au principe de la compétence législative en matière de perte de qualité de fonctionnaire.

Mais la compétence législative se borne à cette dépossession, car selon l'article 5 de l'ordonnance du 4 février 1959 « le fonctionnaire est vis-à-vis de l'administration dans une situation statutaire et réglementaire ». Ainsi les divers statuts particuliers ne peuvent émaner que du pouvoir réglementaire, comme le confirme l'article 2 de l'ordonnance du 4 février 1959 (27). Ils doivent fixer pour chaque catégorie de personnel les modalités d'application du statut général de la Fonction publique, et dans une décision du 30 juin 1961 (28), le Conseil constitutionnel y a inclus les conditions d'avancement et de déroulement de carrière :

« Considérant que l'article 34 de la Constitution réserve au législateur le soin de fixer les « règles concernant... les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat » ; qu'il appartient normalement au pouvoir réglementaire de mettre en œuvre les dites règles à l'occasion des dispositions qu'il édicte pour fixer le statut du personnel de chaque corps ou administration, que toute disposition ayant pour objet d'aménager le déroulement de la carrière et notamment de fixer des conditions d'avancement ne saurait, même pour les personnels militaires, être regardée comme constituant en elle-même et dans tous les cas une garantie fondamentale pour ces personnels ».

d) Extensive sur les droits civiques et sur les garanties fondamentales accordées aux citoyens, pour l'exercice des libertés publiques, et aux fonctionnaires, la jurisprudence du Conseil constitutionnel l'est également en ce qui concerne « la création de

(27) Sauf quand la nature des fonctions exercées exige une fixation législative du statut : personnel de police (loi n° 48-1504 du 28 septembre 1948), services extérieurs de l'administration pénitentiaire (ordonnance n° 58-696 du 6 août 1958), magistrats de l'ordre judiciaire (ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958, ordonnance n° 59-226 du 4 février 1959, loi organique n° 60-87 du 26 janvier 1960).

(28) N° 61-2 FNR, Recueil des décisions du C.C., p. 47.

nouveaux ordres de juridiction » ainsi qu'il ressort tout d'abord, d'une décision en date du 18 juillet 1961 (29). En l'occurrence, la difficulté tenait au sens à donner à l'expression « ordre de juridiction », qui, il faut l'avouer, n'est pas très clair. Dans leur Précis de « Procédure civile », MM. Cuhe et Vincent écrivent (30) : « Les lois de compétence d'attribution déterminent la place qu'occupe une juridiction dans la grande classification des juridictions en juridictions constitutionnelle, administrative, criminelle, civile. C'est ce qu'on appelle l'ordre de juridiction ». Plus loin, ils semblent confirmer le caractère de pluralité attaché à l'ordre de juridiction : « Il y a incompétence absolue toutes les fois que le demandeur s'est trompé sur l'ordre de la juridiction à saisir. Par exemple, il a saisi une juridiction administrative au lieu d'une juridiction civile, ou une juridiction civile au lieu d'une juridiction criminelle ». De leur côté, dans leur manuel de « Procédure civile », MM. Cornu et Foyer écrivent que chaque type de juridiction « se distingue des autres, étant spécialement organisé en vue d'exercer certaines attributions déterminées. On dira que le législateur a posé les règles de l'organisation judiciaire et de la compétence d'attribution. Cette diversité n'est donc pas anarchie. Il y a un Ordre judiciaire (loi du 20 avril 1810), premier aspect de la division du travail judiciaire » (31).

Il semblerait donc, si l'on retient le critère de compétence d'attribution, que l'ordre de juridiction recouvre une hiérarchie complète d'organes juridictionnels, comportant des degrés de première instance, d'appel et de cassation, ou à tout le moins, une hiérarchie partielle, plus limitée. Quoi qu'il en soit, à entendre ainsi la disposition constitutionnelle, l'intervention du législateur serait devenue très exceptionnelle, voire nulle ou impossible, la « création d'un ordre de juridiction » étant une hypothèse purement théorique, compte tenu de l'actuelle texture des juridictions.

C'est pourquoi le Conseil constitutionnel, dans la décision du 18 juillet 1961, a donné à la notion d'ordre de juridiction un sens beaucoup plus étendu, « considérant que les tribunaux d'instance à compétence exclusive en matière pénale constituent un ordre de juridiction distinct des tribunaux d'instance créés par l'art. 1^{er} de l'ordonnance (susvisée) du 22 décembre 1958 ; que la disposition

(29) N° 61-14 L, Recueil des décisions du C.C., p. 38 ; D. 1961, p. 541, note Léo Hamon.

(30) N° 197.

(31) Thémis, P.U.F. 1958, p. 113.

de ladite ordonnance qui institue de tels tribunaux a donc le caractère législatif, mais qu'il entre dans la compétence du pouvoir réglementaire de fixer leur nombre, leur siège et leur ressort ». De même dans une décision du 22 mai 1964 (32), il a appliqué la même jurisprudence, décidant que les Conseils de Prudhommes constituent un ordre de juridiction dont la création ou la suppression sont de la compétence législative. Allant plus loin, il affirme même que dans la notion de « création » figure la compétence de la juridiction en cause : pour lui, la création d'une juridiction suppose que lui soit attribuée une compétence (Par contre, la détermination des personnes aptes à saisir cette juridiction entre dans le domaine réglementaire).

Plus large encore est la solution adoptée dans la décision du 21 décembre 1964 (33). Non seulement les tribunaux pour enfants constituent un ordre de juridiction au sens de l'article 34, mais encore entrent dans le domaine législatif des règles « relatives au mode de désignation des personnes appelées à siéger en qualité d'assesseurs au sein desdits tribunaux, ainsi que celles qui fixent la durée de leurs fonctions, toutes règles qui sont des garanties de l'indépendance de ces assesseurs ». Pour le Conseil constitutionnel, la notion de création recouvre le statut des magistrats qui composent l'ordre de juridiction car c'est pour eux une garantie essentielle leur assurant indépendance d'esprit et liberté dans l'exercice de leurs fonctions, qualités sans lesquelles il ne pourrait exister de véritable juridiction. Bien que les assesseurs des tribunaux pour enfants ne soient pas des professionnels de la magistrature, mais des personnes choisies en raison de leur compétence sur les questions de l'enfance (sociologues ou psychologues...), le Conseil constitutionnel a considéré cependant qu'il s'agissait bien de véritables « magistrats » au sens de l'article 34. Sur ce point, sa jurisprudence est plus étendue que celle du Conseil d'Etat, lequel a jugé au contraire que par magistrats dont le statut relève du domaine législatif, il fallait entendre uniquement les magistrats de carrière, c'est-à-dire les professionnels (34).

Ainsi, pour que l'on soit en présence d'un nouvel ordre de juridiction, il n'est pas nécessaire qu'existe une hiérarchie : il y

(32) J.O. du 31 mai 1964, p. 4644.

(33) D. 1965, p. 641.

(34) C.E. Ass. 2 février 1962, Beausse, Rec. p. 82 ; A.J.D.A. 1962, p. 189. « Les présidents et juges aux tribunaux de commerce n'appartiennent pas à cette catégorie », car le terme « magistrat » de l'article 34 doit s'entendre dans le même sens que celui qui lui est reconnu dans l'article 64.

aura un nouvel ordre de juridiction même si en appel ou en cassation interviennent d'anciennes juridictions. A partir du moment où, à un degré quelconque, apparaîtra un type de juridiction composé distinctement des précédentes et ayant une compétence matérielle distincte de celles-ci, il y aura ordre de juridiction nouveau, et seul le législateur sera compétent pour le créer. L'absence d'équivalent et de précédent suffit, et plutôt que le mot « ordre » c'est, semble-t-il, celui de « catégorie » qui aurait dû être utilisé dans la Constitution (35). Il faut voir là, en tout cas, un bel exemple d'interprétation extensive de l'article 34 de la Constitution. Dans une décision du 9 février 1965 (36), le Conseil a confirmé une nouvelle fois cette jurisprudence, en décidant que les chambres de l'expropriation, créées par la loi du 26 juillet 1962, constituent un ordre nouveau de juridiction, dont les règles de création relèvent du domaine de la loi, et que, parmi celles-ci, il y avait lieu d'inclure celles relatives à la composition particulière de ces juridictions, car il s'agit d'une matière touchant aux principes fondamentaux du régime de la propriété.

2° - LES PRINCIPES FONDAMENTAUX :

La même ligne de conduite devait être adoptée par le Conseil constitutionnel dans l'interprétation et la distinction des termes « règles » et « principes fondamentaux », c'est-à-dire dans la délimitation, à l'intérieur d'une même matière, entre la loi et le règlement. Si en effet, pour certaines matières, le législateur « fixe les règles », pour d'autres, il « détermine les principes fondamentaux », ce qui laisse à penser que les « règles » sont beaucoup plus précises que les « principes fondamentaux », et que par conséquent l'intervention du législateur devrait être bien plus poussée dans les premières que dans ceux-ci. Or, là aussi, on constate que la jurisprudence du Conseil constitutionnel a contribué au rapprochement des deux notions, par une interprétation extensive des « principes fondamentaux », qui aboutit en fait à en augmenter le nombre.

a) C'est une fois encore dans un domaine touchant aux libertés que l'on peut vérifier cette constatation, puisqu'il s'agit des

(35) Ainsi que l'a remarqué le professeur WALINE dès 1959 : « Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958 », R.D.P. 1959, p. 699 ; cf. ce qui a été dit ci-dessus.

(36) D. 1967, p. 405, note L. Hamon.

principes fondamentaux de la sécurité sociale (37). Le Conseil n'a en effet rendu pas moins de huit décisions en cette matière, affirmant dès l'abord que par principes fondamentaux de la Sécurité Sociale « il y a lieu d'entendre non seulement les principes fondamentaux du régime général de la Sécurité Sociale défini au Code de la Sécurité Sociale, mais encore ceux applicables aux différents régimes particuliers de prévoyance, et notamment aux assurances sociales agricoles qui font l'objet des dispositions du chapitre II du titre II du Code rural » (38). Ceci recouvre, entre autres, les régimes des artisans, des agriculteurs, de la Fonction Publique, des employés municipaux, de la S.N.C.F., de la R.A.T.P., etc... (39).

Dans tous ces régimes doivent être regardés comme des principes fondamentaux la détermination des catégories de prestations et la détermination de chaque catégorie de bénéficiaires ou de cotisants, c'est-à-dire par exemple « la détermination des bénéficiaires de l'allocation de logement » (40), « des catégories de prestations que comporte l'assurance maladie » (41), « des catégories de personnes assujetties à l'obligation de cotiser ainsi que le partage de cette obligation entre employeurs et salariés » (42), l'existence de l'allocation supplémentaire prévue lors de la création du Fonds National de solidarité ainsi que « la détermination des personnes appelées à en bénéficier » (43), la détermination des catégories de personnes appelées à bénéficier des allocations afférentes au régime particulier de l'allocation supplémentaire et de ses compléments, prévu au livre IX, Code de la Sécurité Sociale, et aux divers régimes de retraite mentionnés au deuxième alinéa de l'art. L. 711-3 dudit Code (44), « la fixation des rémunérations salariales, ainsi que de leurs accessoires de toute nature, par des contrats librement passés entre employeurs et salariés » (45).

(37) Voir « La distinction des domaines de la loi et du règlement en matière de sécurité sociale, de droit syndical et de droit du travail », par M. L. HAMON (Droit Social 1964, p. 407).

(38) Décision du 8 juillet 1960 n° 60-6 L, Recueil des décisions du C.C., p. 34 ; S. 1961, p. 103.

(39) Voir également décision du 7 avril 1960, S. 1961, p. 103.

(40) 7 avril 1960, 1^{re} espèce, S. 1961, p. 103.

(41) 7 avril 1960, 2^e espèce, S. 1961, p. 104.

(42) 20 décembre 1960, S. 1962, p. 63.

(43) 20 janvier 1961, S. 1962, p. 63.

(44) 30 juillet 1963, D. 1964, p. 311.

(45) 11 juin 1963, D. 1964, p. 109, note L. Hamon.

Certaines décisions rangent parmi les principes fondamentaux non seulement l'existence d'une catégorie de prestations, mais encore la nature des conditions exigées pour leur attribution. Il en est ainsi des allocations de maternité (46) ou de l'allocation supplémentaire et des allocations de divers régimes de retraite, pour lesquelles « la définition de la nature des conditions, telle que la condition de ressources », exigées pour leur attribution relève des principes fondamentaux et à ce titre du domaine de la loi (47).

Enfin, on peut noter que chaque catégorie de prestations possède ses propres principes fondamentaux : ainsi, dans sa décision du 7 avril 1960, le Conseil affirme qu'au nombre des principes fondamentaux de la Sécurité Sociale figurent ceux qui régissent chacun des régimes relevant de celle-ci (48).

En somme, lorsqu'il s'agit de l'existence et de la détermination de catégories de prestations, de bénéficiaires ou de cotisants, de la « mission de promouvoir l'action sanitaire et sociale » (49), on est présence de principes fondamentaux relevant de l'intervention du législateur. S'agit-il simplement par contre, d'appliquer ou de préciser les principes fondamentaux, on est alors dans le domaine réglementaire. Ainsi en est-il de la nature exacte des prestations (50), des taux des prestations et des cotisations (51), du montant des allocations (52), des éléments des conditions exigées pour leur attribution (53), du taux et du montant des rémunérations et accessoires, des conditions de leur attribution et des modalités de leur versement (54) et de la détermination des personnes aptes à saisir le Conseil des Prudhommes (55).

b) Dégagées à propos de la Sécurité Sociale, ces règles se vérifient également, quoique dans une moindre mesure, en ce qui

(46) 22 décembre 1961, S. 1963, p. 279.

(47) 30 juillet 1963, D. 1964, p. 311.

(48) « S'agissant du régime de l'allocation de logement, doit être regardé comme ayant ce caractère le principe énoncé à l'article 536 code Séc. soc. en vue de la détermination des bénéficiaires de cette allocation et selon lequel le droit à ladite allocation est subordonné à l'existence d'un droit aux prestations familiales mentionnées à cet article. » (7 avril 1960, 1^{re} espèce, S. 1961, p. 103).

(49) 7 avril 1960, 2^e espèce, S. 1961, p. 104.

(50) 8 juillet 1960, S. 1961, p. 103.

(51) 20 décembre 1960, 1^{re} espèce, S. 1962, p. 63.

(52) *Id.*, 2^e espèce.

(53) 22 décembre 1961, S. 1963 p. 279.

(54) 11 juin 1963, D. 1964, p. 109.

(55) 22 mai 1964, J.O. 1964, p. 4644.

concerne « *les principes fondamentaux du régime de la propriété, des droits réels, et des obligations civiles et commerciales* », autre domaine d'élection des libertés. Le Conseil constitutionnel élabore en cette hypothèse une jurisprudence qui ne limite pas les principes fondamentaux aux principes de liberté, ainsi qu'il ressort de la décision du 27 novembre 1959, la première qui ait été rendue sur examen de fins de non-recevoir (art. 41 de la Constitution). Examinant, sous l'angle de la fixation du loyer des baux ruraux, la question des principes fondamentaux du régime de la propriété et des obligations civiles, le Conseil déclare que « ceux de ces principes qui sont ici en cause, à savoir la libre disposition de son bien par tout propriétaire, l'autonomie de la volonté des contractants et l'immutabilité des conventions, doivent être appréciés dans le cadre des limitations de portée générale qui y ont été introduites par la législation antérieure pour permettre certaines interventions jugées nécessaires de la puissance publique dans les relations contractuelles entre particuliers » (56). Cette décision devait être confirmée, trait pour trait, quelques mois plus tard, le 8 juillet 1960 à propos d'une affaire relative aux dommages de guerre : le principe de la libre disposition de son bien par tout propriétaire, principe fondamental « doit être apprécié dans le cadre des limitations de portée générale qui y ont été introduites par la législation antérieure à la Constitution pour permettre certaines interventions de la puissance publique jugées nécessaires, dans l'intérêt national, sur le plan économique et social » (57). Il en est de même dans la décision du 8 septembre 1961 (58) concernant la fixation du prix de certains produits agricoles.

Ainsi, on doit distinguer entre les principes fondamentaux du régime de la propriété, qui font partie du domaine législatif, et la fixation des règles nécessaires à leur mise en œuvre, telles que les limitations de leur portée introduites par la législation antérieure à la Constitution de 1958, qui relève du domaine réglementaire. Mais toute la difficulté consiste à savoir quand une disposition intéresse les « principes fondamentaux », et quand elle relève seulement de leur « mise en œuvre ». Dans son commentaire sous ces décisions, M. Léo Hamon ne manquait pas de marquer quelque appréhension devant les excès auxquels pouvait conduire cette cons-

(56) 27 novembre 1959, D.S. 1961, p. 141, note P.-H. Teitgen ; S. 1960, p. 102, note Giffard ; R.D.P. 1960, p. 1011, note M. Waline ; D. 1960, p. 533, note L. Hamon.

(57) 8 juillet 1960, S. 1961, p. 101.

(58) A.J.D.A. 1961, p. 543, note A. de Laubadère.

truction juridique. « Comment appeler mises en œuvre, écrivait-il, des limitations et même des interventions législatives qui ont été beaucoup plus que des limitations puisqu'elles sont allées jusqu'à imposer de nouvelles règles de calcul des prix ? » (59), ajoutant peu après : « Limiter le champ d'application d'un principe, c'est nous semble-t-il, mettre en cause sinon son existence, du moins son effet, pour réduire celui-ci ; et subordonner à certaines conditions un principe de libre disposition n'est pas surtout appliquer ce principe, mais y apporter une limitation, sinon une altération » (60).

Il reste que d'après ces décisions, les limitations à l'application d'un principe du droit de propriété entrent dans le domaine réglementaire dès lors qu'elles ne sont pas plus importantes que celles résultant des dispositions législatives antérieures à la Constitution de 1958. C'est admettre que les principes fondamentaux seront différents selon ces interventions législatives antérieures : le droit du propriétaire à disposer de son bien est un principe unique de liberté, mais il donne naissance, selon les cas, à plusieurs principes fondamentaux. Lorsqu'en certains domaines, ce droit a subi de nombreux et importants aménagements, on aboutit à un principe fondamental nouveau et opposé : le droit au maintien dans les lieux du locataire, par exemple, ou le droit pour le Gouvernement de réglementer la matière des baux à ferme. Si au contraire en d'autres domaines, il n'y a eu aucune législation, alors le principe fondamental est et demeure le principe traditionnel libéral de liberté, reconnu dans le Code Civil. Il en résulte que toute « altération nouvelle » (61) aux règles ainsi déterminées par la législation antérieure constituerait une atteinte à un principe fondamental et devrait, par suite, être soumise au Parlement, alors que l'aménagement de principes déjà établis, dans un sens libéral ou dirigiste, peut être poursuivi par le pouvoir réglementaire. Donc, là encore, malgré les apparences, on peut en fonction des réalités, considérer comme extensive, sous cet aspect, la jurisprudence du Conseil Constitutionnel.

Au reste, ce dernier devait par la suite apporter quelques précisions supplémentaires, dans une décision du 14 octobre 1960, intéressant le droit des sociétés commerciales. Il y est affirmé que les dispositions de l'article 1^{er}, alinéas 2 et 3 de l'ordonnance du 28 novembre 1958, « qui doivent manifestement s'interpréter com-

(59) Note sous C.C. 27 novembre 1959, D. 1960, p. 534.

(60) Note sous C.C. 8 juillet 1960, S. 1961, p. 102.

(61) C.C. 8 juillet 1960.

me autorisant l'approbation dans les statuts des sociétés en cause de dérogations importantes au droit commun des sociétés anonymes, touchent aux « principes fondamentaux des obligations commerciales » réservés par l'article 34 de la Constitution au domaine de la loi » (62). Le Conseil semble avoir pris conscience des difficultés engendrées par ses décisions des 27 novembre 1959 et 8 juillet 1960, et adopte une solution différente et plus logique, ou, du moins, un commencement de critère, déclarant que des dispositions juridiques autorisant des dérogations importantes au droit commun des sociétés anonymes, touchent aux principes fondamentaux des obligations commerciales et entrent dans le domaine législatif. Ainsi une simple « limitation » ressortit du pouvoir réglementaire, tandis qu'une « dérogation importante », ainsi que la modification de cette dérogation, fait partie du domaine de la loi. Voilà qui confirme le réalisme dont faisait preuve le Conseil Constitutionnel dans ses décisions de 1959 et 1960, et qui devait se vérifier encore dans celle du 8 septembre 1961 (63), où il réaffirme que pour toucher aux principes fondamentaux du régime de la propriété, un texte doit modifier les situations juridiques telles qu'elles existent, c'est-à-dire compte tenu des restrictions déjà intervenues à l'encontre des droits et libertés des particuliers. Dans chaque secteur économique, il faudra donc se demander quels sont les degrés de liberté ou d'interventionnisme qui résultent de la législation en vigueur : c'est de cette façon que l'on pourra connaître, pour le secteur considéré, les principes fondamentaux auxquels le législateur peut seul porter atteinte.

c) On retrouve donc finalement la même tendance à propos des principes fondamentaux du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales, et de ceux de la Sécurité Sociale. La synthèse peut d'ailleurs être trouvée en matière de *droit du travail*, ainsi qu'en témoigne la décision du 11 juin 1963 (64). « Considérant qu'aux termes de l'art. 34 de la Constitution « la loi détermine les principes fondamentaux... des obligations civiles et commerciales » et... « du droit du travail » ; qu'au nombre de ces principes figure celui d'après lequel la fixation des rémunérations salariales ainsi que leurs accessoires de toute nature relève des contrats librement passés entre employeurs et salariés ; que toute limitation de portée générale apportée à ce principe par

(62) 14 octobre 1960, D. 1961, p. 109, note L. Hamon.

(63) A.J.D.A. 1961, p. 543, note A. de Laubadère.

(64) Recueil des décisions du C.C., p. 37 ; J.O. 14 juin ; A.J.D.A. 1963, p. 446.

l'intervention de la puissance publique est donc du domaine de la loi ; qu'il appartient au pouvoir réglementaire de fixer dans le cadre de la loi, et sauf à ne pas en dénaturer l'esprit, le taux ou le montant des rémunérations ou des accessoires de salaires qu'elle institue, d'établir les conditions de leur attribution ainsi que de préciser les modalités de leur versement ».

L'importance de la règle en cause est donc un élément déterminant du principe fondamental ; chargé de la mise en œuvre des règles ou de l'application des principes, sans dénaturation de ces derniers, le pouvoir réglementaire apparaît comme subordonné. Par ses interprétations extensives, le Conseil constitutionnel a conféré au Parlement, dans le domaine de la « fixation des règles » comme dans celui de la « détermination des principes fondamentaux », une compétence primordiale par rapport au pouvoir réglementaire. Par la cohérence de sa jurisprudence et par son extension, il se montre ainsi le défenseur des libertés publiques, dans la mesure où la loi les protège. Mais de cette mission de défense, le juge administratif, de son côté, se montre intimement persuadé, voulant élargir le plus possible les matières qui font l'objet de son contrôle.

Par. 2. - Le Conseil d'Etat.

Soucieux de protéger les libertés, le *Conseil d'Etat* adopte également une jurisprudence extensive quant à l'objet de son contrôle. Le principe, on le sait, est que la loi, acte souverain, échappe à tout contrôle une fois votée et promulguée, ayant acquis alors sa perfection. Dans ces conditions, parler de jurisprudence extensive, c'est noter une tendance, dans les cas litigieux, lorsque la loi édicte des restrictions aux droits des individus, à la limitation du domaine législatif, exempt de tout contrôle, par l'extension du domaine réglementaire, soumis à l'examen du juge. Seule, la loi, acte voté par le Parlement, échappe au contrôle du juge : les autres actes, même si un certain caractère législatif leur est reconnu, pourront cependant être soumis au contrôle juridictionnel, parce qu'ils sont l'œuvre d'une autorité exécutive.

En pratique, la difficulté naît de la délimitation entre la loi et le règlement opérée par l'art. 34 de la Constitution de 1958. Adopter telle ou telle solution lorsqu'on est en présence d'une loi ou d'un règlement, c'est supposer le problème résolu car, précisément, il s'agit de savoir, devant un texte litigieux, c'est-à-dire par définition indéterminé, « innommé », si on va le qualifier de « loi »

ou de « règlement ». C'est en cette hypothèse que l'œuvre jurisprudentielle mérite d'être examinée et le Conseil d'Etat a été saisi à de nombreuses reprises, à propos de la « fixation des règles » comme de la « détermination des principes fondamentaux ».

1. — LES RÈGLES :

En ce qui concerne les « règles », une jurisprudence abondante est intervenue en matière de libertés publiques, puisque celles-ci font l'objet d'une grande partie du texte constitutionnel.

a) Dans un arrêt du 30 mars 1962, « Association Nationale de la Meunerie et autres » (65), le Conseil d'Etat s'est penché, à propos d'un transfert de compétence sur « les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». C'est le premier arrêt — et à ce jour un des seuls — dans lequel l'annulation d'un texte est fondée sur ce motif (66). Un décret du 12 mai 1960 avait attribué à la juridiction civile compétence pour statuer aux lieu et place des tribunaux administratifs sur les demandes de remboursement des sommes indûment versées aux bureaux de péréquation des frais de transport de blé et de seigle. Le Conseil d'Etat estima que ce transfert de compétences opéré par voie réglementaire portait atteinte aux garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques (67).

Dans ses conclusions, le Commissaire du Gouvernement, M. Bernard, devait tout d'abord rappeler que la pratique gouverne-

(65) Rec. p. 233 ; D. 1962, p. 631, concl. M. Bernard ; A.J.D.A. 1962, pp. 298 et 285, chr. Galabert et Gentot.

(66) Dans un arrêt du 16 juin 1961, le Conseil d'Etat avait rejeté le pourvoi contre un décret du 22 décembre 1958, affirmant que les dispositions attaquées « ne touchaient ni aux garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, ni à la procédure pénale... ni à aucune des autres matières réservées à la loi en vertu de la Constitution et notamment de son article 34 » (C.E. 16 juin 1961 : Lang, Compagnie des mandataires professionnels près les justices de paix du ressort de la cour d'appel de Paris et Compagnie des défenseurs-conseils, Rec. Tables p. 907). De même, en ce qui concerne les droits civiques, voir : C.E. 27 octobre 1965, Lallemand, Rec. p. 549.

(67) « Considérant... que par application des dispositions de l'article 34 de la Constitution de la République française, en vertu desquelles la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, c'est au législateur seul qu'il appartient de fixer les limites de la compétence des juridictions de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire ; que, dès lors, les auteurs du décret attaqué ne pouvaient légalement attribuer à la juridiction civile compétence pour statuer aux lieu et place des Tribunaux administratifs sur les demandes de remboursement des sommes indûment versées aux bureaux de péréquation ; que ledit décret doit en conséquence être annulé en tant qu'il porte attribution de compétence à la juridiction civile. »

mentale ainsi que la jurisprudence antérieure du Conseil d'Etat (68) reconnaissaient la seule compétence législative pour attribuer une compétence nouvelle à l'un des deux ordres de juridiction. Sur quel texte alors se fonder pour annuler le décret attaqué ? Rejetant tout rapport avec « la création de nouveaux ordres de juridiction », M. Bernard devait trouver le fondement de la solution proposée dans la disposition de l'article 34 concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques. En effet, pour savoir, selon lui, ce qu'il fallait entendre par « garanties fondamentales », il convient de se reporter aux textes constitutionnels qui ont eu pour objet de définir les libertés publiques et les garanties fondamentales des citoyens, c'est-à-dire essentiellement la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, à laquelle se réfère le préambule de la Constitution de 1958, en son article 16 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de Constitution ». Il en déduisait que la séparation des pouvoirs, et son corollaire la séparation des autorités administratives et judiciaires, constituaient l'une des garanties fondamentales visées par l'article 34, et concluait : « Il nous paraît donc résulter de la combinaison de l'article 34 de la Constitution de l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme, et des lois des 16-24 août et 7-14 octobre 1790 que le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires est l'une des garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » (69).

Il résulte de cet arrêt que la garantie, pour les citoyens, se trouve dans le fait que la répartition des compétences entre les juridictions judiciaires et administratives ainsi que le régime de droit applicable, ne peuvent être modifiés par voie réglementaire.

Par la suite, le Conseil d'Etat a complété cette définition des garanties fondamentales, dans un arrêt du 22 juin 1963 : « Syndicat du personnel soignant de la Guadeloupe et Dame Delacoux » (70), précisant qu'au nombre des libertés publiques dont, selon l'article 34, les garanties fondamentales relèvent du domaine de la loi, « figure le libre accès à l'exercice par les citoyens de toute activité professionnelle n'ayant fait l'objet d'aucune limitation légale ». Aussi un décret mettant fin au régime de la liberté qui existait

(68) C.E. 23 janvier 1953, Avril, Rec. p. 32 ; C.E. 16 mars 1956, Garnett, Rec. p. 127.

(69) Concl. in D. 1962, p. 635.

(70) Ass. plénière, Rec. p. 386.

auparavant dans le département de la Guadeloupe, en matière d'accès à la profession d'infirmier ou d'infirmière, doit-il être annulé, « de telles mesures relevant, en vertu de l'article 34 de la Constitution, du domaine de la loi et excédant, par suite, les limites de la compétence assignée par l'article 37 1^{er} alinéa, au pouvoir réglementaire ».

On peut d'ores et déjà faire observer que, comme le Conseil Constitutionnel, le Conseil d'Etat applique ce principe de logique et, peut-on dire, de bon sens, selon lequel quand une liberté est reconnue, elle englobe avec elle les mesures qui constituent les conditions pratiques de son exercice. Si la liberté est du domaine législatif, celles-ci le seront aussi. A quoi bon parler de garantie législative des libertés si le pouvoir exécutif peut modifier le champ des compétences juridictionnelles ou réglementer le libre accès à une activité professionnelle ? (71)

b) Cette tendance réaliste, le Conseil d'Etat la fait sienne également dans les autres matières de l'article 34, dans la mesure cependant où le texte le lui permet. C'est ainsi que l'article 34 stipule que la loi fixe les règles concernant « *la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables* », ce qui devait amener le Conseil d'Etat à exclure du champ de la loi la matière des contraventions, dans un arrêt célèbre du 12 février 1960 : Société Eky (72). Sans revenir longuement sur cet arrêt, amplement commenté en doctrine, on rappellera seulement son incidence sur les libertés publiques.

Selon l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789, à laquelle se réfère le Préambule de la Constitution, il est posé en principe que « nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ». Or, relève le Conseil d'Etat, ni l'article 34, ni aucune autre disposition de la Constitution ne prévoit que la matière des contraventions appartient au domaine de la loi ; il résulte donc de l'ensemble de la Constitution et notamment de l'article 34 « que les auteurs de celles-ci ont exclu dudit domaine la détermination

(71) Voir également à ce propos : C.E. 10 décembre 1962, Syndicat national des vétérinaires et Sieur Quentin (Rec. p. 672). Le Conseil d'Etat reconnaît, dans cet arrêt, l'existence au profit des vétérinaires de « la liberté du mode de diagnostic » et « la liberté du choix du traitement » qui sont bien les corollaires et les conditions pratiques du libre exercice de la profession vétérinaire.

(72) Rec. p. 101 ; S. 1960.III, p. 131, concl. Kahn ; D. 1960, p. 264, note L'Huillier ; J.C.P. 1960.II.11629 bis, note Vedel ; voir également : BOURDONCLE : « L'arrêt Société Eky et la limitation du pouvoir constituant », S. 1960, chr. p. 63.

des contraventions et des peines dont elles sont assorties et ont, par conséquent, entendu spécialement déroger sur ce point au principe général énoncé par l'article 8 de la Déclaration des Droits ; que, dès lors, la matière des contraventions relève du pouvoir réglementaire par application des dispositions de l'article 37 de la Constitution ».

Cette interprétation restrictive de la Constitution a été jugée sévèrement par certains commentateurs : M. L'Huillier parle de « décision de rejet particulièrement décevante », révélant de la part des juges administratifs « la plus regrettable timidité dans l'accomplissement de (leur) rôle de défenseur des libertés publiques et des droits individuels » (73). Il est certain qu'en cas de doute sur la portée de certaines dispositions constitutionnelles, celles-ci devraient être interprétées dans le sens de la liberté et non dans celui de l'autorité. De plus, si l'on adopte une méthode de raisonnement très large, on doit admettre que la délégalisation des contraventions opérée par le décret du 23 décembre 1958 est contraire à l'article 34 lui-même, qui place dans le domaine législatif la fixation des règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques. Or la liberté physique individuelle est la première de toutes les libertés publiques, parce qu'elle conditionne toutes les autres ; seule, par conséquent, la loi pourrait permettre au juge d'en priver un délinquant, ce qui motiverait l'illégalité du décret de 1958 qui prévoit des peines d'emprisonnement en cas de contravention.

Bien que cette solution eût été la plus satisfaisante sur le plan de la garantie des libertés, il faut reconnaître que le Conseil d'Etat ne pouvait pas l'adopter. En effet, on a dit plus haut que, mis en présence d'une disposition législative portant atteinte aux libertés, le juge ne l'applique que si ses termes sont parfaitement explicites. A fortiori en est-il de même des dispositions constitutionnelles, à cette différence près toutefois que l'autorité particulière qui s'attache à la Constitution rend le juge encore plus prudent. Autrement dit, plus encore que pour la loi, il présume le respect des libertés par la Constitution puisque celle-ci émane du souverain, c'est-à-dire du peuple. On comprend alors qu'il se trouve totalement démuné devant une disposition constitutionnelle portant atteinte à une liberté traditionnellement consacrée, comme le principe de la légalité des délits et des peines. Pourtant, même en ce cas, son rôle est positif, en ce sens qu'il considérera cette disposition com-

(73) D. 1960, p. 265.

me une exception par rapport à la règle établie. S'il ne peut pas aller contre le texte, du moins l'interprète-t-il restrictivement. Piètre consolation certes, pour une protection parfaite des libertés, mais là, ce n'est plus le juge qui en est cause ; car devant cette « aberration constitutionnelle » (74) il ne peut rien. On ne peut lui demander protection que dans la mesure où il peut la donner (75).

En l'espèce, ainsi que l'a montré le doyen G. Vedel, le conflit entre l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et les articles 34 et 37 de la Constitution de 1958 est un conflit qui s'élève entre règles de droit de même nature. Cela étant, l'article 34 constitue la « *lex specialis* » qui déroge à l'article 8 de la Déclaration, « *lex generalis* » formulant d'une manière synthétique les principes de la proportionnalité des délits et des peines, de la légalité des délits et des peines, de la non-rétroactivité de la loi pénale et de l'accomplissement d'une procédure légale. La Constitution pouvait toujours, juridiquement, déroger à l'un de ces principes dans un cas particulier. C'est ce qu'elle a fait en ce qui concerne les contraventions. Mais « le problème posé était classique. C'était celui de la règle et de l'exception » (76). Le principe général établi par la Constitution donne compétence au législateur pour établir les infractions et les peines, mais une exception est faite à ce principe à l'égard des contraventions. On peut conclure avec le doyen G. Vedel que « le Conseil d'Etat ne pouvait pas dire autre chose... Compte tenu du texte de la Constitution, il a donné aux recours qui lui étaient soumis la seule solution juridique concevable. Rien... ne permet de penser que le juge administratif ait fléchi dans sa volonté de défendre le droit et les libertés. Il n'a pas dépendu de lui d'avoir, pour cette défense, des armes plus efficaces » (77).

Le Conseil Constitutionnel devait d'ailleurs, dans une décision du 19 février 1963 (78), adopter une solution identique à celle du Conseil d'Etat, affirmant que « si l'article 34 de la Constitution réserve au législateur le soin de fixer « les règles concernant... la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables », la détermination des contraventions et des peines

(74) G. VEDEL, note in J.C.P. 1960.II.11629 bis.

(75) Cf. Deuxième Partie.

(76) G. VEDEL, note in J.C.P. 1960.II.11629 bis.

(77) *Id.*

(78) D. 1964, p. 92, note L. Hamon.

dont celles-ci sont assorties est de la compétence réglementaire.» Le juge ne peut donc que s'incliner devant la création, par actes réglementaires, d'infractions qui peuvent être passibles de peines d'emprisonnement assez longues, pouvant aller jusqu'à six mois (art. 475 nouveau Code pénal).

c) Si en ce qui concerne la détermination des infractions et des peines, le Conseil Constitutionnel s'est rangé à la solution dégagée par le Conseil d'Etat, la réciproque est vraie à propos de la *création de nouveaux ordres de juridiction* : Le Conseil d'Etat a adopté la solution extensive donnée par le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 18 juillet 1961. L'expression « ordre de juridiction » ne peut à ses yeux avoir le sens limité d'ensemble de juridictions formant une hiérarchie complète et relevant du contrôle d'une cour souveraine.

C'est ainsi que le Conseil d'Etat a décidé que formaient des ordres de juridiction distincts, dont la création est confiée en principe à la loi, un tribunal militaire à compétence spéciale (79), ou une commission spéciale de répartition d'indemnité de nationalisations (80).

De même dans un arrêt du 13 juillet 1962 « Conseil National de l'Ordre des Médecins » (81), le Conseil d'Etat a jugé qu'en instituant, par le décret du 12 mai 1960, au sein du Conseil régional de discipline de l'Ordre des Médecins, une section particulière appelée « Section des Assurances sociales », le Gouvernement avait créé un nouvel ordre de juridiction (82).

Ainsi, l'institution d'une section, au sein du Conseil régional de discipline d'un ordre professionnel, constitue la création d'un nouvel ordre de juridictions. Dans ses conclusions, le Commissaire du Gouvernement Braibant devait rappeler que la jurisprudence administrative la plus récente sur la définition des organes juridic-

(79) C.E. Ass. 2 mars 1962, Rubin de Servens, Rec. p. 143; J.C.P. 1962.II. 12613, concl. Henry ; R.D.P. 1962, p. 288, concl. Henry, note Berlia ; S. 1962, p. 147, note Bourdoncle.

(80) C.E. 2 mars 1962, Pion, Rec. p. 142, solution implicite, à propos de la Commission spéciale de répartition de l'indemnité roumaine du 6 février 1961, qualifiée dans l'arrêt de « juridiction administrative ».

(81) Rec. p. 479 ; R.D.P. 1962, p. 739, concl. Braibant.

(82) « Considérant qu'aux termes de l'article 9 (du décret attaqué), les fautes, abus et fraudes et tous faits intéressant l'exercice de la profession relevés à l'encontre des médecins... à l'occasion de soins dispensés aux assurés sociaux... sont soumis en première instance à une section distincte dite « section des assurances sociales » du Conseil régional de discipline de l'Ordre des Médecins.. ; qu'aux termes

tionnels mettait l'accent « non sur la terminologie et la procédure, mais sur la mission et la compétence : une institution collégiale qui a le pouvoir d'infliger une sanction ou de régler un litige est, en principe, une juridiction ». Appliqué aux sections des Assurances sociales (en liaison avec le critère formaliste), ce critère matériel permet de relever leur caractère juridictionnel.

Ce point établi, il était facile de démontrer que le décret de 1960 modifiait à la fois la compétence et la composition de la juridiction existante, le Conseil régional de discipline, et transférait certaines de ses attributions à un nouvel organisme de structure différente. La modification prenait dès lors une importance telle qu'elle équivalait à une véritable création. Seule cette interprétation permet de sauvegarder la règle selon laquelle l'organisation de la justice, sauf délégation exceptionnelle opérée par la Constitution ou par la loi, ne doit pas être du ressort du pouvoir réglementaire. C'est donc une acception très large que la jurisprudence donne à l'expression « création de nouveaux ordres de juridiction », et cela semble normal si l'on songe que chacun des termes : « création », « ordre », « juridiction » est lui-même interprété dans un sens large.

Il n'en va autrement qu'en ce qui regarde la répartition des compétences entre les juridictions existantes, ou les transferts de compétence des unes aux autres. Pour la jurisprudence, ils ne concernent pas la création des ordres de juridiction, mais on a vu qu'ils faisaient partie du domaine législatif parce qu'ils touchent aux garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques (83). Par contre, la répartition des compétences à l'intérieur d'un même groupe de juridictions — ou, si l'on veut, d'un même ordre de juridiction, l'expression étant cette fois entendue en son sens étroit et traditionnel —, c'est-à-dire à

de l'article 10, ladite section est composée, sous la présidence du Président du Tribunal administratif, d'un nombre égal de représentants des organismes de sécurité sociale et des professionnels intéressés.

« Considérant qu'en instituant dans ces conditions une section d'assurances sociales au sein du Conseil régional de discipline, substituée pour le jugement des affaires dont il s'agit à la formation plénière du Conseil composée exclusivement de médecins, les auteurs du décret attaqué ont créé un nouvel ordre de juridiction, compétence qui, aux termes de l'article 34 de la Constitution, était réservée au législateur ; que, par suite, le Conseil national de l'Ordre des Médecins est fondé à demander l'annulation de l'ensemble des dispositions indivises des articles 9 à 17 du décret attaqué. »

(83) Cf. C.E. Ass. 30 mars 1962, Association nationale de la meunerie, précité (note 65).

l'intérieur de la juridiction administrative ou de la juridiction judiciaire, relève du pouvoir réglementaire.

Ainsi, la définition « des compétences territoriales et d'attribution en matière civile des tribunaux d'instance, de grande instance et des cours d'appel, ne concernent aucune des matières relevant du domaine de la loi en vertu de la Constitution, et notamment de son article 34 » (84). De même le transfert au Tribunal de Commerce ou au Tribunal de Grande Instance de la compétence en matière commerciale des Tribunaux civils supprimés « n'a eu ni pour objet ni pour effet de créer un nouvel ordre de juridictions, mais a seulement transféré la compétence en matière commerciale des Tribunaux civils supprimés à des juridictions créées antérieurement par une loi et par une ordonnance ayant valeur législative, et a pu être légalement prise par le Gouvernement en vertu des pouvoirs qu'il tient de l'article 37 de la Constitution de 1958 » (85).

d) En ce qui concerne enfin « *les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat* », le Conseil d'Etat a confirmé, là aussi, les tendances libérales de sa jurisprudence. Dans un arrêt du 4 novembre 1960 : Syndicat du Personnel de l'Assemblée de l'Union Française et autres (86), il a examiné au fond un recours émanant d'agents de l'ex-Assemblée de l'Union Française, estimant que le mot fonctionnaire, dans l'article 34, doit s'entendre dans son sens le plus large, c'est-à-dire englober tous les agents de l'Etat titularisés dans un emploi permanent et placés dans une situation légale et réglementaire.

Mais surtout, et la solution est analogue à celle que préconisait le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 27 novembre 1959, pour déterminer quelles sont les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires, il faut se référer à l'état du droit positif existant à la date d'entrée en vigueur de la Constitution. De la sorte, seront considérées comme garanties, celles qui sont consacrées non seulement par une loi, mais aussi par un principe général

(84) C.E. 27 janvier 1961, Daunizeau et autres, Rec. p. 57 ; A.J.D.A. 1961, pp. 106 et 75, chr. Galabert et Gentot.

(85) C.E. 2 juin 1961, Groupement des commerçants, artisans, industriels et patentés du canton de Blanc, Rec. Tables p. 908.

(86) Rec. p. 596, concl. M. Bernard ; A.J.D.A. 1960.1.188.

du droit ou même un règlement : ainsi le droit au traitement pour service fait (87).

Il résulte, explicitement ou implicitement, des termes de l'arrêt du 4 novembre 1960 que, pour le Conseil d'Etat, constituent des garanties fondamentales, celles qui tendent à assurer, pour l'agent, la sauvegarde de son état de fonctionnaire. Cela recouvre d'abord la sécurité de l'emploi, c'est-à-dire le droit à pension pour suppression d'emploi. « La sécurité de l'emploi, disait le Commissaire du Gouvernement Bernard, est pour un fonctionnaire une garantie première, qui est la condition de toutes les autres ; toutes les garanties accordées à un fonctionnaire sont subordonnées à la possession d'état de fonctionnaire ; tout ce qui tend à assurer la sauvegarde de cet état a donc par nature le caractère d'une garantie fondamentale ». Il en est ainsi du droit à pension, lorsque le bénéficiaire peut y prétendre.

Autre garantie fondamentale, le droit au préavis se manifeste concrètement par le droit de percevoir une indemnité égale au montant du traitement correspondant à la période de préavis. Cette garantie existe depuis longtemps en vertu d'un principe général du droit, applicable même sans texte (88).

La réglementation des cumuls entre également dans le domaine de l'article 34, car le principe général en vertu duquel tout travail mérite salaire constitue une garantie fondamentale (cf. C.E. 13 mars 1959 précité : Syndicat National « Force Ouvrière » du Ministère de la Reconstruction et de l'Urbanisme). Les règles qui limitent les possibilités de cumul portent donc atteinte à ce principe et doivent relever de la compétence du Parlement. Nul doute, par con-

(87) Cf. C.E. 13 mars 1959, Syndicat national « Force Ouvrière », du Ministère de la Reconstruction et de l'Urbanisme, Rec. p. 178 : « Considérant que si, en vertu de l'article 10 du décret du 31 mai 1862 sur la Comptabilité publique, « aucun paiement public ne peut être effectué que pour l'accomplissement d'un service fait », tout service fait doit, en revanche, comporter une rémunération, à moins qu'un texte exprès n'autorise une dérogation à cette règle. » Dans le même sens : C.E. 22 avril 1960, Rec. p. 265 ; C.E. Ass. plénière 7 décembre 1962, Fédération générale des fonctionnaires, C.G.T.-F.O. et Union générale des Fédérations de fonctionnaires, Rec. p. 667 : « Considérant que l'article 22 de l'ordonnance du 4 février 1959 relative au Statut général des fonctionnaires dispose : « Tout fonctionnaire a droit, après service fait, à une rémunération comportant le traitement... », que ces dispositions de caractère législatif établissant le droit des fonctionnaires à la rémunération du service fait, constituent une des garanties fondamentales accordées au fonctionnaire et qu'en vertu de l'article 34 de la Constitution, cette garantie ne peut être restreinte que par la loi... »

(88) Cf. C.E. 11 décembre 1903, Villenave, Rec. p. 767, concl. Teissier ; C.E. 15 novembre 1912, Louard, Rec. p. 1048 ; C.E. 26 décembre 1919, Aublard, Rec. p. 955 ; 1^{er} août 1928, Paris, Rec. p. 983 ; 3 novembre 1922, Orlange, Rec. p. 788.

séquent, que le droit au paiement pour service fait ne constitue une garantie fondamentale.

En revanche, le Conseil d'Etat, dans l'arrêt du 4 novembre 1960, refuse de considérer comme une garantie fondamentale le droit à réintégration après suppression d'emploi ou de cadre, ce qui semble étonnant, si l'on songe que ce droit constitue un élément important de la notion de sécurité de l'emploi. Pourtant, le texte est particulièrement net : « Considérant que, contrairement à ce que soutiennent les requérants, aucun principe général du droit applicable même en l'absence de texte n'impose au Gouvernement l'obligation, en cas de suppression d'emplois publics, de reclasser les agents titulaires de ces emplois dans d'autres emplois publics ou semi-publics équivalents ou de fixer les règles selon lesquelles le reclassement serait effectué pour certaines catégories des dits agents » (89).

Certes, en pratique, l'hypothèse ne se trouve que très rarement réalisée, puisque le statut général de la Fonction publique (loi du 19 octobre 1946, puis ordonnance du 4 février 1959) stipule qu'en cas de suppression d'emplois permanents occupés par des fonctionnaires, ceux-ci ne peuvent être licenciés qu'en vertu de lois spéciales de dégagement des cadres prévoyant notamment les conditions de préavis et d'indemnisation des intéressés, et puisque, d'autre part, diverses lois ont reclassé dans d'autres cadres tous les fonctionnaires dont les cadres avaient été supprimés (loi du 4 août 1956 pour les fonctionnaires et agents français des administrations et services publics du Maroc et de Tunisie ; loi du 2 mars 1957, pour les fonctionnaires d'Indochine ; ordonnance du 29 octobre 1958, pour les personnels relevant du Ministère de la France d'Ouï-mer...).

Certes, encore, le Conseil d'Etat n'a fait qu'appliquer en l'espèce sa jurisprudence traditionnelle, par laquelle il admet que la suppression d'emploi justifie le licenciement sans droit à réintégration (90), à moins qu'un texte particulier n'en dispose autrement (91). Mais on aboutit alors au raisonnement inverse de celui qui conduit à affirmer que la liberté est la règle, et les limitations

(89) Autre exemple, dans le même sens : C.E. 19 avril 1967, Mangeot, Deroche, Couderc, Coudin et Ebrard, D.A. 1967 n° 175.

(90) C.E. 3 avril 1957, Soleil, Rec. p. 236 ; C.E. 9 octobre 1959, Flavigny, req. n° 33.310, 39.898 et 30.919.

(91) C.E. 11 février 1959, Sauvy, Rec. p. 73 ; C.E. 2 novembre 1949, de Chapedelaine, Rec. p. 452 ; C.E. 14 février 1951, Couenne, Rec. p. 51.

à la liberté l'exception. Ici la liberté, c'est-à-dire le droit à reclassement, est l'exception, en ce sens qu'il doit pour exister, être institué par une loi ; au contraire, la règle est que le pouvoir réglementaire se trouve compétent pour refuser d'en faire bénéficier les fonctionnaires auxquels la loi ne l'a pas accordé. On regrettera une telle solution qui fait quelque peu contraste avec un système jurisprudentiel qui sait se montrer en général particulièrement libéral.

En ce qui concerne le droit à pension, le Conseil d'Etat a réaffirmé très nettement qu'il constituait une garantie fondamentale des fonctionnaires, annulant dans un arrêt du 13 juillet 1962 (92), une disposition qui avait pour effet de priver de leur droit à pension certains fonctionnaires : « Considérant que le droit à pension constitue une garantie fondamentale des fonctionnaires à laquelle il ne peut être porté atteinte que par une disposition législative expresse, même dans le cas où intervient une radiation des cadres ».

Droit à pension, droit au préavis (ou droit à indemnité) et droit au paiement sont donc des garanties fondamentales auxquelles seul le législateur peut porter atteinte ; quant au droit au reclassement il n'est une garantie que dans la mesure où une loi l'a institué. Dans tous les cas, d'ailleurs, le Conseil d'Etat tient compte pour se prononcer, de l'état du droit positif existant avant ou après l'entrée en vigueur de la Constitution.

2. — LES PRINCIPES FONDAMENTAUX :

Ce souci se manifeste encore davantage peut-être, lorsqu'il doit se prononcer dans des litiges concernant la détermination des « *principes fondamentaux* » édictés par l'article 34. Les nombreuses difficultés d'application de ce texte lui ont donné l'occasion d'élaborer une jurisprudence extensive dans la protection des libertés publiques à propos surtout du « régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales », ainsi que « du droit du travail, du droit syndical et de la Sécurité Sociale ».

a) Les premières décisions du Conseil d'Etat relatives aux « principes fondamentaux » concernent le « *régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales* ». Dans un arrêt, « *Sieur Karle* » du 18 mai 1960 (93), il a rejeté un recours

(92) C.E. 13 juillet 1962, Cohen, Rec. p. 482.

(93) Rec. 333, concl. Fournier.

intenté contre un décret du 7 janvier 1959, parce que ce texte avait « pour seul objet de déterminer les formes selon lesquelles les nantissements et les subrogations consentis sur les marchés publics par les titulaires de ces marchés seront portés à la connaissance du comptable chargé du paiement ; qu'un tel objet ne saurait être regardé comme touchant soit aux principes fondamentaux du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales, soit à l'une des autres matières réservées par l'article 34 précité au pouvoir législatif ». Cette modification de forme et de procédure rendait compétent le Gouvernement pour statuer en ce domaine par voie réglementaire, bien que sous le régime constitutionnel antérieur, le décret-loi du 30 octobre 1935 (auquel se substituait, sur certains points, le décret attaqué du 7 janvier 1959) n'aurait pu être modifié que par une loi.

Cette affaire, la première concernant l'interprétation de la notion de principe fondamental, devait donner l'occasion au Commissaire du Gouvernement Fournier de dégager la ligne de conduite empreinte de libéralisme qui allait être celle du Conseil d'Etat. M. Fournier devait d'abord s'élever contre « l'interprétation restrictive » donnée à la notion par le Conseil Constitutionnel, dans sa décision du 27 novembre 1959. En effet, pour ce dernier, selon le Commissaire du Gouvernement, « le principe fondamental c'est la règle générale synthétique, qui se dégage à un moment donné de l'ensemble des textes concernant une matière. C'est quelque chose d'analogue à ce que vous appelez principe général du droit ou règle générale applicable même sans texte. Le principe général existe déjà, on peut l'énoncer. Toutes les mesures qui se bornent à l'appliquer, qui compte tenu des exceptions qui lui ont été apportées dans le passé, demeurent à l'intérieur du cadre qu'il trace, toutes ces mesures relèveraient du pouvoir réglementaire. En revanche, pour l'altérer, pour le mettre en cause — ce sont les termes employés par le Conseil Constitutionnel — il faudra une loi ».

Une telle conception, selon M. Fournier, est beaucoup trop étroite et restreint par trop le domaine de la loi. « Exiger des principes fondamentaux qu'ils couvrent l'ensemble d'une matière, c'est en diminuer singulièrement le nombre. Les interpréter, compte tenu des atteintes qu'ils ont déjà subies, c'est en restreindre singulièrement la portée. Combiner ces deux solutions, c'est réserver au législateur quelque chose qu'il fait rarement ». Le critère à retenir doit être plus large : il est issu de la distinction entre règles de compétence et règles de fond, l'article 34 édictant seulement des règles de compétence. Au législateur revient de prendre dans une

matière donnée les décisions les plus importantes. Mais le texte de l'article 34 « ne préjuge nullement du contenu de ces décisions. Peu importe qu'elles aillent ou non dans le même sens que la législation antérieure. Le décret qui fixe un point de détail en violant une règle générale n'empiète pas pour autant sur le domaine réservé au législateur. S'il doit être annulé, c'est au fond et non pour incompétence. A l'inverse, il nous semble que le soin de poser une règle essentielle doit être réservé à la loi, même si la règle ne porte pas atteinte à l'ordre juridique existant ».

On parvient ainsi à une conception nouvelle faisant de la notion de principe fondamental « non pas une règle de fond, mais une simple catégorie juridique ». L'article 34 est conçu « comme un simple cadre, vide de tout contenu ». Le Parlement devra poser les principes, établir les points importants et les règles générales, et le Gouvernement régler les modalités, l'accessoire, « compléter dans le détail la construction d'ensemble ». Le domaine de la loi se trouve accru, dans la mesure où elle n'est plus limitée au cas de bouleversement de la matière considérée, mais devient nécessaire chaque fois qu'une règle essentielle devra être établie, même si elle n'intéresse pas l'ensemble de la matière.

Fondé sur la compétence et non sur les règles de fond, le critère apparaîtrait ainsi plus formel que matériel, l'expression « règle essentielle » servant à définir la notion de principe fondamental. Dès 1959, les sections administratives du Conseil d'Etat en avaient fait application, la section sociale par exemple jugeant une loi nécessaire pour étendre l'assurance volontaire aux salariés français du Maroc et de Tunisie, parce que c'était créer une nouvelle catégorie de bénéficiaires, ou encore pour coordonner l'application de la Sécurité Sociale aux ressortissants français et italiens, car ces dispositions touchaient au principe fondamental de la territorialité (94).

Définir la notion de principe fondamental par celle de règle essentielle ne fait cependant que reporter la difficulté, car faut-il encore déterminer ce qui est essentiel et ce qui est accessoire. Le Conseil d'Etat a, par la suite, apporté quelques précisions à ce sujet, ne confirmant qu'en partie cette conception, et se ralliant partiellement à la solution adoptée par le Conseil Constitutionnel, le 27 novembre 1959. En effet, s'il a admis que les principes fondamentaux pouvaient ne couvrir qu'une partie d'une matière considérée, il a estimé également, suivant en cela le Conseil Consti-

(94) Voir E.D.C.E. 1959, n° 13, pp. 93-94.

tutionnel, qu'ils devaient être appréciés en tenant compte des limitations de portée générale apportées par la législation antérieure à la Constitution.

Cette solution résulte de l'arrêt du 28 octobre 1960 : Martial de Laboulaye (95). Organisant sur de nouvelles bases le marché du vin, le Gouvernement avait, par un décret du 16 mai 1959, étendu à tout viticulteur les régimes dits du « quantum » (quantité de vin nécessaire pour assurer l'approvisionnement normal du marché) et du « hors quantum », privant de la sorte les petits viticulteurs du droit qu'ils avaient auparavant de commercialiser librement leur récolte. Une telle réglementation portait-elle atteinte aux principes fondamentaux du régime de la propriété et aux garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice de la liberté du commerce ? Aurait-elle dû, de ce fait relever de la compétence législative du Parlement ?

Aux termes de l'arrêt, on constate que « si la question litigieuse a trait au régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ainsi qu'à l'exercice des libertés publiques, au nombre desquelles figure la liberté du commerce et de l'industrie, les garanties et principes fondamentaux qui sont en cause doivent nécessairement être appréciés dans le cadre des mesures qui ont été prises, en matière de viticulture, depuis l'intervention de la loi du 4 juillet 1931, par un certain nombre de textes qui ont été, en partie, codifiés par le décret du 1^{er} décembre 1936 et les décrets qui l'ont modifié ou complété ». Les dispositions de ces textes « subordonnent d'une manière générale, le droit des viticulteurs de disposer, pour des fins commerciales, de tout ou partie de leurs récoltes de vin à l'observation des prescriptions reconnues par les Pouvoirs publics nécessaires pour assurer l'organisation du marché du vin dans des conditions conformes à l'intérêt général ainsi qu'aux intérêts légitimes des producteurs et des consommateurs ». Par conséquent, les exonérations des mesures de blocage dont avaient bénéficié les petits viticulteurs, étant « étroitement liées à l'ensemble des mesures dans le cadre desquelles elles avaient été accordées en fonction des circonstances économiques de l'époque, ne constituaient que des modalités de la réglementation édictée en matière de viticulture et ne sauraient être regardées comme ayant consacré l'un des principes fondamentaux qui, en vertu de l'article 34 de la Constitution relèvent du domaine de la loi ».

(95) Rec. 570 ; A.J.D.A. 1961, p. 20, concl. Heumann ; Droit social 1961, p. 141, concl. Heumann, note P.-H. Teitgen.

Plusieurs observations peuvent être formulées à la lecture de cet arrêt. En premier lieu, la liberté du commerce et de l'industrie fait partie des libertés publiques que l'article 34 place dans le domaine législatif. Mais il faut aller plus loin car, à l'intérieur de la liberté du commerce et de l'industrie figure la liberté du commerce du vin. La question à envisager n'est donc pas de savoir si le décret attaqué apporte une dérogation aux libertés publiques en général, ni même à la liberté du commerce et de l'industrie, mais bien à la liberté du commerce du vin. Pour cela, il faut tenir compte du statut légal de la viticulture. En dehors du droit commun de la propriété, qui comporte ses principes fondamentaux et ses modalités d'application, existe le droit de la propriété viticole, ayant ses propres principes fondamentaux et ses propres modalités d'application. Il faut donc tenir compte de toutes les règles, qu'elles soient de droit commun ou particulières. A l'intérieur de la liberté du commerce et de l'industrie, on distinguera, selon les secteurs, des marchés libres, soumis au droit commun de la liberté du commerce, et des marchés réglementés ayant leurs propres principes fondamentaux et leurs règles secondaires spécifiques. C'est dire qu'il peut exister plusieurs sortes de principes fondamentaux au sein d'une même liberté, selon les aspects particuliers qu'elle revêt. Le droit des libertés est un droit fortement personnalisé.

Aussi, lorsqu'un décret viole les principes fondamentaux du droit commun de la propriété, des obligations civiles et commerciales et des droits réels, n'est-il pas nécessairement inconstitutionnel pour ce motif. Il le sera s'il a pour objet une matière relative au droit commun et à ses principes fondamentaux ; si au contraire, il concerne un bien ou une activité soumis par la loi à un régime spécial, il ne le sera que s'il porte atteinte aux principes fondamentaux de ce régime particulier. Ainsi, en matière viticole, garanties et principes fondamentaux en cause devront nécessairement s'apprécier « dans le cadre des mesures qui ont été prises en matière de viticulture ».

Tel est, semble-t-il, le sens qui s'attache à cette jurisprudence : la réglementation opérée par le Gouvernement dans le cadre d'une législation particulière, doit respecter les principes fondamentaux de cette législation, mais peut déroger au droit commun, dans la mesure où les principes de cette législation particulière l'exigent. On peut en déduire également que c'est au législateur seul que revient le soin d'instaurer des régimes spéciaux dérogatoires aux régimes de droit commun, car en cette hypothèse, le texte de l'article 34 s'applique à plein. Enfin, puisque certaines règles « ne constituent que des modalités de la réglementation édictée », alors que

d'autres consacrent un principe fondamental, seules les premières peuvent être modifiées par décret ; les règles fondamentales d'une législation particulière ne pourraient l'être que par une loi.

Pour réaliste qu'elle soit, cette jurisprudence laisse cependant, en l'espèce considérée, quelques regrets, si l'on songe que la thèse du requérant consistait à soutenir que le statut de la viticulture déroge aux principes fondamentaux du droit commun de la propriété et des obligations, tel que le consacre le Code civil. Seule, par conséquent, une loi pourrait étendre à de nouveaux assujettis ces dispositions d'exception, puisque seule la loi peut apporter de nouvelles dérogations aux principes fondamentaux du droit commun de la propriété et des conventions. Toute aggravation dans un sens dirigiste devrait donc relever de la loi, les mesures libérales, au contraire, pouvant être confiées au pouvoir réglementaire.

Le commissaire du Gouvernement Heumann n'a pas suivi un tel raisonnement : pour lui, les règles qui forment le statut de la viticulture sont des règles de « police économique ». Leur objet n'est pas de déterminer les principes fondamentaux ni les règles particulières d'un régime de propriété, mais de limiter le droit de libre usage et de disposition d'un bien (le jus utendi et abutendi). Elles ont certes un effet sur l'exercice du droit de propriété, mais n'ont pas pour objet de déterminer les principes fondamentaux de ce droit. Elles ne relèvent donc pas du domaine législatif.

On pourrait en conclure, ce qui serait grave, que si la définition des règles et principes fondamentaux du droit de propriété et des libertés publiques est du ressort de la compétence législative, la police économique de l'exercice de ces libertés relèverait exclusivement du pouvoir réglementaire, d'après l'article 37. Ce serait ajouter un champ d'application considérable à la police de l'ordre public. Mieux vaut penser que le souci de réalisme du Conseil d'Etat l'a poussé à diversifier le plus possible les principes fondamentaux, en fonction des différents régimes applicables, mais aussi à tenir compte, en matière économique surtout, de la réglementation intervenue depuis une trentaine d'années, même si cela aboutit parfois à la consécration de principes fondamentaux opposés, les uns allant dans le sens de la liberté, les autres conduisant à des restrictions et des limitations (96).

S'il manifeste ainsi, pour des raisons circonstanciées, une tendance à tenir davantage compte, dans le domaine économique,

(96) Cf. Deuxième Partie.

de la réglementation, quelle que soit son origine, imposée par la conjoncture — et son origine est essentiellement gouvernementale —, le Conseil d'Etat se montre beaucoup plus à l'aise lorsqu'il se trouve sur le terrain traditionnel et juridiquement plus sûr de la protection du droit commun de la propriété. Dans un arrêt du 7 décembre 1962 « Association des forces motrices autonomes » (97), il a annulé un décret du 6 mars 1959 qui, d'une part attribuait le caractère réglementaire à l'ensemble des dispositions de l'ancien article 109 du Code rural, concernant le retrait d'autorisation d'usage de cours d'eau sans indemnité, et surtout, d'autre part, complétait ledit article en instituant un nouveau cas de retrait de l'autorisation sans indemnité pour non utilisation et défaut d'entretien pendant 10 ou 15 ans.

Or, a estimé le Conseil d'Etat, « en précisant les cas où les autorisations accordées pour l'établissement d'ouvrages ou d'usines sur les cours d'eau non navigables ou non flottables peuvent être révoquées ou modifiées sans indemnité, l'ancien article 109 avait par là-même fixé les modalités selon lesquelles la responsabilité de la puissance publique peut être mise en cause à l'occasion de la suppression ou de la modification des permissions dont s'agit ». Le principe est donc que les propriétaires riverains des cours d'eau non navigables et non flottables disposent sur ces eaux du droit de libre usage, dans les seules limites fixées par les articles 97 à 122 du Code rural. Il suit de là que l'ancien article 109 du Code rural « avait limitativement énuméré les cas où il pouvait, sans indemnité, par le retrait ou la modification de cette autorisation, être mis fin en tout ou partie à l'exercice des droits réels ainsi reconnus aux riverains, qu'il s'agisse ou non d'établissements fondés en titre ». Par conséquent, le décret attaqué qui « reproduit en les complétant les dispositions de l'ancien article 109 du Code rural, porte atteinte aux principes fondamentaux énumérés à l'article 34 de la Constitution et dont la détermination relève exclusivement du domaine législatif ».

Le raisonnement suivi est tout à fait classique : la liberté, — en l'occurrence le libre usage des eaux, c'est-à-dire également le droit de ne pas en user — est érigée en principe, et les restrictions à la liberté sont l'exception. Elles doivent être comprises dans un sens limitatif et seule une loi peut les étendre, en nombre et en importance. C'est en ce que le législateur se voit confier le soin d'apporter des limitations aux libertés que celles-ci trouvent leur

protection, et en faisant respecter cette règle, le juge confère à cette protection un caractère pratique sans lequel elle serait vaine.

Une autre application de cette façon de procéder peut être trouvée dans l'arrêt du 16 octobre 1964 « Ministre de l'Industrie contre sieur Rollet » (98). Le Conseil d'Etat a jugé qu'un décret, « par l'étendue des pouvoirs qu'il confère à l'autorité administrative et notamment par le fait que, désormais, celle-ci peut prononcer la fermeture provisoire d'un établissement classé incommode, insalubre ou dangereux sans la garantie que constituait précédemment l'intervention obligatoire du Conseil de préfecture — auquel est substitué le Tribunal administratif — porte atteinte aux principes fondamentaux du régime de la propriété et par suite, en vertu de l'article 34 de la Constitution relève, exclusivement, du domaine législatif ».

On notera avec intérêt que l'intervention du juge dans le déroulement d'une procédure est rangée au nombre des principes fondamentaux relevant du domaine législatif. C'est dire que le juge a conscience de la garantie que constitue son action, puisque, outre le fait qu'elle figure parmi les principes fondamentaux, son défaut est considéré comme une extension de pouvoirs au profit de l'autorité administrative. Ainsi se trouve vérifiée une fois encore l'affirmation selon laquelle le juge tend à soumettre le plus possible les actes de l'administration à son contrôle, même s'il ne s'agit pas d'un contrôle juridictionnel proprement dit. L'existence d'une phase de la procédure prévoyant la consultation ou l'accord du juge est considérée comme une garantie fondamentale. Le juge, par sa présence et son action, protège les libertés. Il faut croire, d'ailleurs, que le gouvernement savait à l'avance que le Conseil d'Etat adopterait cette solution puisque, dès avant que celui-ci ne se prononçât, il a fait voter une loi du 2 août 1961 qui reprenait l'ensemble des dispositions litigieuses du décret attaqué. C'est là une preuve, qui n'est pas nouvelle, du caractère théorique de la garantie législative, en certaines circonstances, mais devant cet état de choses, le juge se trouve totalement démuné et ne peut, hélas, que s'incliner (99). Néanmoins, même en ce cas, son action est positive, dans la mesure où il oblige les autorités administratives à la réflexion.

Il faut signaler enfin un arrêt du 10 janvier 1964 « Chambres syndicales des Compagnies d'agents de change de Lyon et de Mar-

(98) Rec. p. 472.

(99) Cf. Deuxième Partie.

seille » (100) dans lequel le Conseil d'Etat confirme ce que l'on peut appeler désormais sa jurisprudence traditionnelle sur la matière des principes fondamentaux, c'est-à-dire à la fois extensive, mais aussi liée au droit positif en vigueur. Un décret du 30 octobre 1961 avait réglementé la composition du Comité des bourses de valeurs ainsi que la cotation en bourse des valeurs mobilières et la cotation en ce qui concerne l'exercice de la profession d'agent de change. Sans s'expliquer sur ce point, le Conseil d'Etat affirme dans l'arrêt que « les dispositions litigieuses ne concernent pas les principes fondamentaux du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ». En revanche, il estime que « si elles intéressent l'exercice de la profession d'agent de change et, par suite, les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques — matière également réservée à la compétence législative par l'article 34 de la Constitution — les garanties et principes fondamentaux en cause doivent nécessairement être appréciés dans le cadre des mesures déjà prises en vue de réglementer le marché des valeurs mobilières ».

On retrouve, à peu près mot pour mot, la formule même de l'arrêt Martial de Laboulaye du 28 octobre 1960 : les deux arrêts vont dans le même sens, le second confirmant le premier. Réaliste, la position du Conseil d'Etat l'est à coup sûr, en ce qu'elle distingue à l'intérieur du cadre général des garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, la catégorie particulière des agents de change. C'est donc à la lumière de la réglementation du marché des valeurs mobilières qu'il faut envisager les dispositions litigieuses du décret, et non par rapport au droit commun, c'est-à-dire aux garanties accordées à l'ensemble des citoyens. Les citoyens ont leurs propres garanties fondamentales, les agents de change également : c'est donc par rapport à leurs garanties fondamentales spécifiques qu'il faut examiner le texte qui les concerne. Comme les unes et les autres ne coïncident pas forcément, les mesures litigieuses peuvent à la fois respecter les garanties fondamentales concernant la profession d'agent de change, tout en dérogeant aux garanties accordées à l'ensemble des citoyens.

En l'espèce, le Conseil d'Etat constate que le marché des valeurs mobilières a toujours été placé sous le contrôle de l'Etat, et déclare que « la liberté d'admettre les valeurs mobilières à la cote officielle d'une bourse ne peut être regardée comme ayant

(100) Rec. p. 20.

constitué une règle essentielle de l'exercice de la profession d'agent de change auprès de cette bourse ; que par suite, le décret attaqué n'a pas porté atteinte à l'une des garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». On notera que l'expression « règle essentielle » utilisée par le commissaire du Gouvernement Fournier dans l'affaire « Karle » (101) pour cerner la notion de principe fondamental, figure ici dans le texte même de l'arrêt. Sur ce point, le Conseil d'Etat semble confirmer l'interprétation de M. Fournier, pour qui le principe fondamental n'est pas une règle de fond, mais une simple catégorie juridique, un simple cadre. On observera également que, dans l'arrêt du 10 janvier 1964, le Conseil d'Etat semble faire des « citoyens » une catégorie abstraite, composée des représentants des diverses professions existantes, puisqu'après avoir raisonné dans une hypothèse particulière, il interpole ensuite et remonte à la catégorie générale des citoyens. En d'autres termes, la catégorie des garanties fondamentales des citoyens dans leur ensemble se subdivise en autant de garanties fondamentales dans chaque branche professionnelle : agents de change, viticulteurs, fermiers, fonctionnaires, propriétaires terriens, etc... C'est donc une position très réaliste qu'adopte la jurisprudence en appréciant, dans chaque espèce, garanties et principes fondamentaux dans le cadre des mesures déjà en vigueur.

b) La même constatation s'impose si l'on envisage la détermination des principes fondamentaux « *du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale* ».

1. — Les décisions relatives au *droit du travail* sont peu nombreuses. Dans l'arrêt précité « Martial de Laboulaye », du 28 octobre 1960 (102), le Conseil d'Etat s'était prononcé négativement, en décidant que les conditions d'utilisation de leur récolte par les viticulteurs n'entraient pas dans la notion de droit du travail. Celui-ci, tel qu'il figure à l'article 34, est le droit des relations que régit le contrat de travail, c'est-à-dire des relations entre salariés et employeurs.

Dans un arrêt du 24 avril 1964 « Syndicat national des médecins des établissements pénitentiaires » (103), le Conseil d'Etat a décidé que les médecins appelés occasionnellement à prodiguer des soins aux détenus dans les établissements pénitentiaires, étaient unis à

(101) C.E. 18 mai 1960, Rec. p. 333, concl. Fournier.

(102) Voir note 95.

(103) Rec. p. 241.

l'administration par un lien de droit public et n'entraient pas, de ce fait, dans le champ d'application des dispositions du Code du travail relatives aux congés payés. Dès lors, en leur refusant toute allocation pour congé payé, un arrêté du Ministre de la Justice n'a pas porté atteinte aux principes fondamentaux du droit du travail au sens de l'article 34 de la Constitution, car « aucun texte de portée générale, ni aucun principe général, dans le régime de droit public, ne reconnaît à l'ensemble des agents contractuels, prêtant en cette qualité leur concours à l'administration, un droit à une indemnité de congé payé ».

On peut en déduire implicitement que pour les salariés soumis aux dispositions du Code du travail et pour les agents des services publics placés dans une situation statutaire, le droit à allocation pour congé payé constitue un principe fondamental. Mais tant qu'un texte de portée générale n'a pas consacré ce droit, il ne figure pas au nombre des principes fondamentaux.

Dans le même arrêt, le Conseil d'Etat affirme le caractère fondamental du principe « suivant lequel les agents publics ont droit à obtenir la rémunération de tout service qu'ils accomplissent », sans distinguer si ces agents sont dans des dispositions statutaires ou contractuelles. Constitue de même un principe fondamental du droit du travail le bénéfice des prestations auxquelles l'activité exercée peut ouvrir droit au titre de la législation relative à la Sécurité Sociale. En revanche, ni les modalités de la rémunération (paiement au forfait ou à l'acte), ni la majoration pour ancienneté, ni la prime de fonction ne sont des principes fondamentaux, tout au moins en l'absence d'une disposition législative ou réglementaire contraire. De même la réglementation des conditions d'emploi du personnel médical contractuel est de la compétence du pouvoir réglementaire, « les médecins vacataires participant à l'exécution même du service public et étant unis à l'Etat par un lien de droit public » (104).

Dans un arrêt précédent, en date du 13 juillet 1963 : « Syndicat national des ingénieurs conseils, inspecteurs du contrôle de la prévention et assimilés » (105), le Conseil d'Etat avait rangé au nombre des principes fondamentaux les procédures de règlement des conflits collectifs du travail dans les entreprises privées et les entreprises publiques, visées à l'article 31 du Livre 1^{er} du Code du

(104) C.E. 6 novembre 1964, *Le Mer* et autres, Rec. p. 516.

(105) Rec. p. 429.

travail, tous organismes énumérés par la loi du 11 février 1950, modifiée par la loi du 26 juillet 1957, et dont, aux termes de l'arrêt, les caisses de Sécurité Sociale font partie. Pour le Conseil d'Etat, la disposition du décret du 12 mai 1960 visant les personnels des organismes de Sécurité Sociale « qui subordonne à un agrément ministériel l'entrée en vigueur de conditions de travail fixées par voie contractuelle, mais ne prévoit aucune procédure particulière pour le règlement des conflits pouvant survenir entre les parties à l'occasion, notamment, de la négociation ou de l'application des contrats collectifs ainsi prévus, et qui n'aurait d'ailleurs pu sans méconnaître l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 priver les intéressés du bénéfice des principes fondamentaux du droit du travail relatifs au règlement des conflits collectifs, tels qu'ils s'expriment notamment dans la loi du 11 février 1950, n'a pas eu pour objet et ne pouvait avoir pour effet d'exclure les organismes de Sécurité Sociale du champ d'application du titre II de ladite loi ». Par conséquent, le Ministre du Travail « non seulement a qualité pour convoquer la Commission nationale de conciliation des conflits du travail dont il est le président, mais encore est tenu de le faire lorsque les conditions prévues par la loi sont remplies ». Ainsi la garantie que constituent les procédures de règlement des conflits collectifs du travail ne peut être supprimée par voie réglementaire.

2. — En matière de *Sécurité Sociale*, d'ailleurs existe une jurisprudence abondante, particulièrement en ce qui concerne l'application des trois décrets du 12 mai 1960, qui ont réformé la Sécurité Sociale (106).

1. - *Le premier de ces décrets* est relatif à l'organisation du contrôle médical (décret n° 60-453 du 12 mai 1960): dans un arrêt du 16 janvier 1963 « Confédération nationale des syndicats dentaires et sieur Rand » (107), le Conseil d'Etat a rejeté un recours intenté contre ce texte, car celui-ci faisait application de l'ordonnance du 30 décembre 1958, elle-même prise en vertu de l'article 92 de la Constitution et ayant force de loi. Sur ce point, le juge administratif ne faisait que confirmer sa décision du 1^{er} juillet 1960 « Fédération nationale des organismes de Sécurité Sociale et sieur Fradin » (108), conférant valeur législative aux ordonnances adop-

(106) J.C.P. 1960.III.25655 à 25657.

(107) Rec. p. 22.

(108) Rec. p. 441 ; D. 1960, p. 690, concl. Braibant, note L'Huillier.

tées par le Gouvernement en vertu de l'article 92 de la Constitution. Mais, dans l'arrêt du 16 janvier 1963, le Conseil d'Etat affirme au passage qu'au nombre des principes fondamentaux de la Sécurité Sociale figurent d'une part « le libre choix du médecin par le malade » et d'autre part le principe « d'après lequel le tarif des honoraires médicaux pour les soins délivrés aux assurés sociaux est fixé par voie de convention passée avec les praticiens ou, à défaut, par voie d'autorité ». Par ailleurs sont énoncées plusieurs garanties fondamentales existant au profit des médecins, telles que l'interdiction de toute publicité, la liberté de prescription, l'existence de commissions paritaires, la liberté syndicale, la liberté dans l'exercice de la profession (dans la mesure où les praticiens ont la possibilité d'adhérer à titre individuel aux clauses de la convention-type).

2. - *Le deuxième décret* (décret n° 60-451) était consacré aux soins médicaux dispensés aux assurés sociaux et établissait de nouveaux rapports entre la Sécurité Sociale et le Corps médical. Le Conseil d'Etat devait annuler certaines de ses dispositions dans l'arrêt « Conseil National de l'Ordre des médecins » précité, du 13 juillet 1962 (109). En effet, le décret du 12 mai 1960 ne pouvait légalement abroger les dispositions législatives incluses dans les articles du Code de la Sécurité Sociale, dans la mesure où elles définissaient des principes fondamentaux. En particulier doivent être considérés comme fondamentaux :

— Les principes selon lesquels, d'une part, le tarif d'honoraires relatif aux soins délivrés aux assurés sociaux est fixé par voie de convention ou, à défaut, par voie d'autorité, et d'autre part, le tarif conventionnel doit être approuvé par l'autorité supérieure ;

— Le principe d'après lequel le tarif est opposable aux praticiens ;

— Le principe d'après lequel les médecins peuvent être appelés à justifier devant une Commission administrative et sous réserve de recours juridictionnels, des motifs de dépassements d'honoraires constatés ;

— Le principe du libre choix du médecin par le malade.

Par contre, le pouvoir réglementaire demeure dans le cadre de ses compétences :

(109) Rec. p. 479 ; R.D.P. 1962, p. 739, concl. Braibant ; cette jurisprudence a été confirmée dans un arrêt du 5 mai 1967, Conseil national de l'Ordre des Médecins, D.A. 1967, n° 153.

— Lorsqu'il établit des plafonds aux tarifs conventionnels ;

— Lorsqu'il établit, dans une convention-type, les clauses qui seront rendues obligatoires en ce qui concerne les accords tarifaires conclus entre les caisses de Sécurité Sociale et les syndicats de praticiens ;

— Lorsqu'il décide que les tarifs prévus aux conventions seront approuvés ou refusés par une commission interministérielle (car cela revient à fixer les conditions et les formes de l'approbation) ;

— Lorsqu'il organise l'instance qui devra établir les tarifs d'autorité, en l'absence de convention collective (c'est la même que celle qui est chargée d'approuver les conventions) ;

— Lorsqu'il organise les commissions paritaires chargées d'établir la liste des praticiens autorisés en raison de leur notoriété, à dépasser les tarifs normalement applicables. (Mais on a vu que, par la substitution au Conseil régional de l'Ordre des médecins d'une instance composée de médecins et de représentants des caisses, l'autorité administrative créait un nouvel ordre de juridiction et entrainait de ce fait dans le domaine réservé au législateur concernant « la création des nouveaux ordres de juridiction ») ;

— Lorsqu'il édicte des dispositions facilitant le contrôle de certains actes, telles que l'obligation d'un compte rendu par le médecin.

On constate ainsi que les relations entre praticiens, caisses de Sécurité Sociale, autorités de tutelle administrative et assurés sociaux impliquent pour un bon fonctionnement du système, l'existence d'un équilibre des pouvoirs entre ces catégories. Au législateur revient le soin de poser les principes de cet équilibre, depuis le libre choix du médecin jusqu'au contrôle de la conduite des praticiens, en passant par la discussion des conventions entre caisses et organisations syndicales, le pouvoir d'approbation de l'autorité administrative et la faculté de réglementation unilatérale en cas d'impossibilité de parvenir à un accord. A l'autorité réglementaire appartiennent les tâches d'organisation et d'aménagement, compte tenu des possibilités pratiques d'application. Par exemple, les modalités de désignation par le ministre des personnes qualifiées faisant partie du Conseil d'administration des caisses de Sécurité Sociale relèvent du pouvoir réglementaire (110).

(110) T.A. Besançon, 11 décembre 1964, Caisse primaire de Sécurité sociale du Jura, Rec. p. 778.

Quelques mois plus tard, le Conseil d'Etat réaffirmait, toujours à propos de ce décret, le principe du libre choix du médecin par le malade, et celui, qui en découle, du « caractère libéral de la médecine », mais notait également que l'établissement de différents tarifs d'honoraires médicaux et de remboursements aux assurés sociaux, au cas où aucune convention ne pourrait être conclue et mise en vigueur, et selon que le médecin aurait ou non personnellement adhéré aux clauses de la convention-type, ressortissait au pouvoir réglementaire (111).

On voit à quelles difficultés se heurte le juge, qui, en la circonstance, doit non seulement préciser la notion de principes fondamentaux, mais aussi l'inclure dans un système qui veut combiner les principes d'une conception traditionnelle de la médecine et les nécessités d'un régime moderne de sécurité sociale. Outre les principes fondamentaux dégagés dans l'arrêt « Conseil National de l'Ordre des médecins », figure encore au nombre de ceux-ci la règle selon laquelle, en vertu des articles 1376 et 1377 du Code civil, toute personne qui, se croyant débitrice a par erreur acquitté une dette, a le droit de réclamer au créancier le remboursement de celle-ci. Seule la loi ou un texte réglementaire pris en vertu d'une habilitation expresse de la loi, peuvent déroger à cette règle. C'est pourquoi le Conseil d'Etat a annulé, dans un arrêt du 1^{er} décembre 1961 « Société Jean Roques » (112), l'article 151 du décret du 8 juin 1946 qui subordonnait le remboursement des cotisations versées indûment pour le compte d'une personne non bénéficiaire de la législation de Sécurité Sociale à la condition que l'intéressé n'ait pas bénéficié de prestations.

De même l'existence du ticket modérateur et la possibilité de le supprimer constituent des principes fondamentaux de l'assurance maladie : par conséquent l'abrogation d'une disposition du Code de la Sécurité Sociale qui faisait bénéficier l'assuré en certains cas, d'une réduction ou de la suppression de la participation aux tarifs servant de base au remboursement par les caisses de Sécurité Sociale, c'est-à-dire de l'exonération du ticket modérateur, ne peut être opérée que par la loi et non par le pouvoir réglementaire (113).

(111) C.E. 19 décembre 1962, Syndicat national des médecins électro-radiologistes qualifiés, Rec. 687.

(112) Ass. plénière, Rec. p. 675.

(113) C.E. 22 novembre 1963, Fédération nationale des malades, infirmes et paralysés, Rec. p. 566, concl. M. Bernard ; A.J.D.A. 1964, p. 55, chr. Fourré et Puybasset, p. 29.

Mais il faut tenir compte, en cette matière également, pour apprécier les principes fondamentaux, des limitations de portée générale introduites par la législation antérieure. Il en est ainsi du principe du libre choix du médecin, qui, en matière de sécurité sociale dans les mines, doit être examiné en fonction du droit positif en vigueur : « en décidant que les sociétés de secours ne doivent rembourser aux assurés que les médicaments, analyses, examens et fournitures pharmaceutiques prescrits par les praticiens agréés ou par des praticiens auxquels les intéressés ont eu recours après accord préalable avec la société de secours, les auteurs du décret du 31 décembre 1961, relatif à la sécurité sociale dans les mines, loin de méconnaître l'un des principes fondamentaux au respect duquel ils étaient tenus, se sont bornés à tirer les conséquences logiques de la réglementation qui avait légalement instituée par l'article 88 du décret du 27 novembre 1946 qui définit les conditions dans lesquelles le principe du libre choix doit, dans le cas particulier de la sécurité sociale dans les mines, être appliqués » (114).

Tous les exemples envisagés jusqu'ici à ce sujet, soit dans les décisions du Conseil Constitutionnel, soit dans les arrêts du Conseil d'Etat, concernaient des régimes spéciaux plus sévères et plus restrictifs pour les libertés que les régimes généraux. Mais l'hypothèse inverse peut également se produire, au cas où un régime particulier serait plus favorable que le régime de droit commun. Dans un arrêt du 14 février 1964 : *Haberstroh* (115), le Conseil d'Etat a jugé que le Gouvernement, à qui était confié le soin « de déterminer les modalités de passage du régime local applicable en Alsace-Lorraine au régime général » des assurances sociales, a pu restreindre le cumul des pensions militaires d'invalidité et des pensions relevant de la Sécurité Sociale, que le régime local admettait sans limite, mais qui est réduit dans le régime général. C'était affirmer implicitement que les règles de cumul des pensions ne font pas partie des principes fondamentaux de la Sécurité Sociale, puisqu'une mesure réglementaire peut étendre une disposition restrictive en matière de cumul à une catégorie nouvelle de pensionnés. Il faut ajouter cependant que l'ordonnance du 19 octobre 1945 avait habilité le Gouvernement à réaliser, par étapes successives, l'unification du régime local et du régime général, ce qui interdit de dégager une règle générale concernant l'incidence d'un régime spécial plus favorable sur le régime général.

(114) C.E. 18 janvier 1963, Fédération nationale des syndicats pharmaceutiques de France, Rec. Tables p. 803.

(115) Rec. p. 105.

3. - Reste enfin la question de l'organisation et du fonctionnement de la Sécurité Sociale, qui fait l'objet du *troisième décret* du 12 mai 1960 (décret n° 60-452) et qui, elle aussi, est soumise au partage de compétences entre domaine législatif et domaine réglementaire. On se rappelle que le Conseil Constitutionnel avait reconnu, dans la décision du 7 avril 1960 (116) que la « mission de promouvoir l'action sanitaire et sociale qui est impartie aux organismes de sécurité sociale constitue un des principes fondamentaux de la Sécurité Sociale et relève, comme telle, de la compétence législative », mais que « la détermination des conditions d'utilisation des ressources affectées par ces organismes à la réalisation de ces missions » entre dans le domaine réglementaire.

Le Conseil d'Etat s'est également prononcé sur ce problème dans deux arrêts rendus en assemblée le 27 novembre 1964 : « Caisse centrale de secours mutuels agricoles et autres » et « Union nationale des associations familiales » (117).

Il résulte de ces arrêts que figurent au nombre des principes fondamentaux de la Sécurité Sociale et, dès lors, relèvent du domaine législatif :

— le principe de la spécialité des organismes et caisses de Sécurité Sociale qui, issus d'un corps électoral distinct, assurent le service d'un type particulier de prestations ;

— les principes concernant les attributions statutaires des Conseils d'administration, relatives à la gestion de certains personnels et à la mise en œuvre du pouvoir disciplinaire, ainsi que l'exercice du pouvoir de contrôle qui leur est dévolu sur le fonctionnement général de l'organisme. Le Conseil d'Etat annule, en tant qu'elles s'appliquent au régime de la mutualité sociale agricole et aux régimes de sécurité sociale autres que le régime agricole, les dispositions du décret du 12 mai 1960 qui déssaisissaient de façon trop générale les conseils d'administration de leur pouvoir de gestion relatif aux questions individuelles de personnel, aux attributions du directeur et du médecin du conseil régional, et qui investissaient le directeur de pouvoirs propres et exclusifs de représentation de l'organisme en justice, dans les matières relevant de ses attributions (cette dernière annulation ne concernant que le régime de la mutualité sociale agricole) ;

(116) 2° espèce, D. 1960, p. 668 ; S. 1961, p. 104.

(117) Rec. p. 584 ; A.J.D.A. 1965, pp. 111 et 95, chr. Puybasset et Puissochet ; J.C.P. 1965.II.14268.

— le principe de l'administration des organismes et caisses de sécurité sociale agricole par leurs représentants élus ; ce principe « doit toutefois être apprécié dans le cadre des limitations de portée générale qui y ont été introduites pour permettre certaines interventions jugées nécessaires de la puissance publique, en raison du caractère des activités assumées par lesdits organismes et par lesdites caisses ». Le juge annule l'article du décret qui conférait à l'autorité administrative « un pouvoir permanent et général de substitution en ce qui concerne notamment la gestion du personnel et le régime disciplinaire » ;

— le principe de la détermination des conditions d'éligibilité aux conseils d'administration des organismes de sécurité sociale. L'article du décret prononçant diverses inéligibilités en l'absence de toute disposition législative susceptible de constituer la base légale de ces prescriptions, est annulé.

Entrent en revanche dans le domaine réglementaire :

— la répartition des attributions de tutelle entre divers ministres et la fixation des attributions du ministre du Travail ;

— la création d'un comité d'études et de coordination présidé par le ministre du Travail ;

— les règles relatives à l'inspection générale chargée du contrôle des divers régimes de sécurité sociale ;

— l'attribution au ministre du Travail d'une mission de formation du personnel de direction et d'encadrement des organismes de sécurité sociale et d'un droit de surveillance sur la formation des autres catégories de personnel ;

— la fusion des Caisses départementales de la mutualité sociale agricole ou des caisses mutuelles d'assurances sociales agricoles, dès lors que celles-ci sont administrées par un conseil d'administration commun et relèvent d'un même corps électoral ;

— le transfert aux conseils d'administration d'attributions exercées antérieurement par les assemblées générales de la mutualité sociale agricole, ce transfert modifiant seulement la répartition des attributions statutaires des organes électifs des mutuelles ;

— certaines dispositions relatives à l'exercice du pouvoir de tutelle de l'autorité administrative, dès lors que les principes fondamentaux visant ce pouvoir ont été posés par la loi ;

— le pouvoir reconnu à l'autorité administrative de suspendre en cas d'urgence avec ou sans traitement, les agents de direction des organismes de mutualité sociale agricole et de sécurité sociale, en vue d'assurer la continuité du service public.

Une simple lecture suffisant à en montrer la complexité, on peut se demander quel enseignement tirer de ces deux décisions. Il faut d'abord remarquer qu'une nouvelle fois, le Conseil d'Etat était amené à établir un juste milieu entre deux tendances opposées : le principe de l'autonomie des Caisses de sécurité sociale et la nécessité d'une tutelle efficace imposée par le fonctionnement du service public. Ainsi, déclare le commissaire du Gouvernement Braibant, « s'établit un équilibre entre l'autonomie des caisses et la tutelle de l'Etat, dont les données sont définies par le législateur et précisées, aménagées et mises en œuvre par le pouvoir réglementaire ». Toute la difficulté consiste à empêcher ce dernier de « dénaturer » l'esprit de la loi » (118).

L'apport positif de ces deux arrêts peut être examiné à plusieurs égards. En premier lieu, certaines solutions apparaissent normales et n'appellent pas de commentaires particuliers : c'est le cas de la réorganisation des services ministériels chargés de la tutelle sur les organismes de sécurité sociale, accordant un rôle prééminent au ministre du Travail. N'affectant en rien les intérêts des usagers, ni directement, ni indirectement, et n'ayant pas d'incidence sur la spécialité des régimes ou l'autonomie des caisses, il est logique de la confier à l'autorité administrative. La même conclusion s'impose concernant la fusion en un organisme unique des trois catégories de caisses qui existaient auparavant dans le régime de sécurité sociale agricole, puisqu'elles avaient le même corps électoral, la même assemblée générale, le même conseil d'administration, et que la fusion entraînait dans le cadre d'un aménagement et d'une simplification des structures, tout en conservant les éléments de base propres à chaque organisme et relatifs aux associations, aux sociétés mutualistes et aux syndicats.

De la même façon, le principe de l'élection des administrateurs entre dans les principes fondamentaux, et toute restriction à son application est de la compétence du législateur. Mais le Conseil d'Etat va plus loin, et appliquant directement l'idée, traditionnelle depuis 1945, de la gestion démocratique de la sécurité sociale, il place dans la compétence législative la détermination des conditions d'éligibilité aux conseils d'administration (119). Ici encore on constate que le juge ne sépare pas le principe de l'élection

(118) « Sauf à ne pas dénaturer l'esprit de la loi » : l'expression est chère au Conseil constitutionnel (par exemple : décisions du 7 avril 1960, du 11 juin 1963).

(119) Voir également, mais dans un contexte différent : C.E., Ass. 2 février 1962, Beausse (A.J.D.A. 1962, p. 189 ; Rec. p. 82).

de ses modalités, c'est-à-dire l'existence d'un droit, de ses possibilités pratiques d'exercice.

Si sur tous ces points, la solution apparaît normale, elle semble plus surprenante, par contre, en ce qui concerne la nouvelle répartition des compétences entre les conseils d'administration et le personnel de direction, ainsi que le renforcement de la tutelle administrative. Dans un important commentaire doctrinal consacré à ces deux arrêts (120), MM. J.J. Dupeyroux et J. Lamarque n'ont pas hésité à qualifier les solutions adoptées, sur ce plan, de « fâcheusement équivoques ». Pour eux, « à tort ou à raison, les auteurs du décret litigieux ont entendu donner un sérieux coup de barre dans le sens de l'étatisation du système en réduisant très sensiblement les rôles des conseils élus ».

Sur le plan du partage des attributions entre les conseils d'administration et les directeurs de caisse, l'article 14 II réservait aux Directeurs les questions de personnel (sauf le personnel de direction), tandis que, seconde face du même volet, l'article 9, dernier alinéa, interdisait aux conseils d'en délibérer. Or, refusant de suivre sur ce point M. Braibant qui demandait l'annulation des deux dispositions complémentaires, le Conseil d'Etat s'est borné à annuler seulement la seconde, laissant place à une apparente contradiction, puisque le directeur prend seul toute décision d'ordre individuel que comporte la gestion du personnel, alors que, par ailleurs, le Conseil d'administration peut désormais délibérer sur ces mêmes questions.

La seule interprétation possible, ainsi que le démontrent MM. Dupeyroux et Lamarque, consiste à distinguer entre pouvoirs de décision et pouvoirs de contrôle. « Les uns et les autres avaient été, en matière de personnel, retirés aux conseils par le décret du 12 mai 1960. Après l'annulation du dernier alinéa de l'article 9, on en revient à une solution plus harmonieuse : le conseil d'administration dispose d'une compétence en principe générale, limitée toutefois par l'attribution aux directeurs et agents comptables de certains pouvoirs propres. Parmi ces pouvoirs propres figure, en application de l'article 14-II, la gestion du personnel autre que de direction : mais en cette matière comme en toute autre, le directeur exerce ses pouvoirs sous le contrôle général du conseil d'administration, ce contrôle n'impliquant ici aucun pouvoir de décision ». Mais il faut avouer que la notion de principe fondamental serait alors entendue étroitement puisque tous pouvoirs de déci-

(120) J.C.P. 1965.I.1921.

sion pourraient être confiés en matière de personnel au directeur, sans que cela porte atteinte au principe fondamental de la gestion des caisses par des organes élus. Le critère du principe fondamental semble être le dessaisissement trop large de pouvoir, qui conduit en quelque sorte à celui de la « dénaturation » que retient en d'autres matières le Conseil Constitutionnel.

C'est le même critère qui a conduit le Conseil d'Etat à annuler l'article 15-2° du décret du 12 mai 1960, qui stipulait : « Les organismes sont représentés de plein droit en justice et dans tous les actes de la vie civile par leur président qui peut déléguer ses pouvoirs au directeur par mandat spécial ou général. Dans les matières relevant des attributions du directeur, les organismes sont représentés uniquement par le directeur ». Le juge a estimé que ces pouvoirs propres et exclusifs de représentation en justice conférés au directeur portaient atteinte au principe fondamental d'une gestion des caisses, organismes de droit privé, par des élus. Mais, outre la difficulté de délimiter les attributions respectives du directeur et du président, on regrettera que l'annulation ne s'applique qu'aux « organismes et caisses relevant du régime de la mutualité sociale agricole », et que la disposition soit maintenue en vigueur pour tous les autres organismes de sécurité sociale.

Quant au renforcement des pouvoirs de tutelle, plus que toute autre matière, il doit être le résultat de la conciliation entre l'autonomie des caisses et des pouvoirs dévolus à l'Etat, responsable de la continuité du service public de la sécurité sociale.

Dans une décision du 12 mai 1964 (121), le Conseil Constitutionnel avait décidé que « si la détermination du domaine de la tutelle administrative qui s'exerce sur les collectivités locales ainsi que sur les établissements publics qui leur sont rattachés relève du domaine de la loi, il appartient au pouvoir réglementaire de répartir, dans les limites ainsi tracées, les attributions de cette tutelle entre les diverses autorités susceptibles de l'exercer », ajoutant toutefois que ne releveraient plus du domaine du règlement des mesures instituant le principe même d'une autorisation administrative et touchant ainsi à la délimitation du domaine de la tutelle. Ainsi pour le Conseil Constitutionnel, toute mesure modifiant l'étendue du domaine de la tutelle, entre dans la compétence législative.

Le Conseil d'Etat a retenu une solution apparemment plus restrictive puisque, parmi les divers procédés de tutelle, seul celui

(121) J.O. 31 mai 1964, p. 4643.

de la substitution est regardé par lui comme étant une forme d'intervention dont l'institution relève du législateur, puisqu'elle est très proche du pouvoir hiérarchique. Ses effets sont beaucoup plus décisifs que ceux des autres procédés (autorisation, approbation, agrément, annulation), car elle aboutit à priver l'organe élu de ses pouvoirs d'initiative et à lui enlever sa compétence au bénéfice de l'autorité de tutelle. Pratiquement, l'article 19-II du décret conférait à l'autorité administrative « un pouvoir général et permanent de substitution » quant à la gestion et le régime disciplinaire du personnel de direction ; la représentation des conseils d'administration étant minoritaire, le système, comme le notait le commissaire du Gouvernement, visait à enlever toute portée aux articles 14 à 16 du décret plaçant le directeur et l'agent comptable « sous le contrôle des conseils d'administration » en sorte que l'équilibre recherché par le législateur entre l'autonomie des caisses et la tutelle administrative se trouvait rompu. On retrouve ici également le critère du principe fondamental tiré du dessaisissement trop général de pouvoir, de cette « décompétence » qui ressemble si fort à une « dénaturation ».

En revanche, le Conseil d'Etat s'est refusé à annuler les dispositions du décret instituant ou étendant le domaine des procédés de contrôle inférieurs à la substitution, tels que le pouvoir de suspension des agents de direction ou des agents comptables en cas d'urgence, en vertu du principe de la continuité du service public de la sécurité sociale, que l'on peut, d'une certaine manière, ranger au nombre des principes fondamentaux des assurés sociaux, ou encore l'agrément des agents de direction par le ministre, l'instauration des conditions d'aptitude auxquelles seront soumis ces agents, le pouvoir attribué à l'autorité administrative de suspendre et d'annuler les délibérations des conseils d'administration « contraires à la loi ou de nature à compromettre l'équilibre financier de la Caisse » (pouvoir qui lui était reconnu déjà très largement sous la IV^{me} République), et même en certains cas d'établir d'office les budgets des organismes, ce qui est une forme du pouvoir de substitution, mais que la jurisprudence avait également admis sous la IV^{me} République.

On admettra alors, avec MM. Dupeyroux et Lamarque, que « dans l'aménagement des principes fondamentaux de la sécurité sociale et des pouvoirs de tutelle de l'Etat, même le procédé de la substitution n'a pas été considéré comme une modalité d'intervention ressortissant à la compétence du législateur dès lors que, dans une matière déterminée, il avait déjà fait l'objet de dispositions de

caractère réglementaire sous le régime antérieur à la Constitution de 1958 ».

Si la jurisprudence du Conseil d'Etat semble donc à certains égards plus restrictive que celle du Conseil Constitutionnel, notamment sur l'étendue du domaine de la tutelle, on notera toutefois que cette tendance à définir une conception plus étroite du principe fondamental ne se manifeste que lorsque les droits des usagers, c'est-à-dire les libertés publiques de l'ensemble des citoyens, ne sont pas directement en cause ; en ce cas, le juge marque beaucoup moins d'hésitation à entériner des décisions gouvernementales, même si celles-ci n'ont que de lointains rapports avec les principes libéraux traditionnels. Autrement dit, et en dépit du manque de clarté de certaines solutions, il semble que moins les droits et obligations des usagers sont concernés, plus la solution des problèmes s'en trouve facilitée ; inversement, lorsque les droits essentiels des intéressés sont en question, le juge est guidé par le souci de les faire respecter, en tenant compte toutefois du droit positif en vigueur. La fusion des caisses locales de mutualité agricole, la nouvelle répartition des attributions de tutelle entre divers ministères et la prépondérance accordée au ministre du Travail, le transfert aux conseils d'administration de certaines attributions exercées auparavant par les assemblées générales, sont autant de problèmes résolus sans difficulté car les droits des usagers ou bien n'étaient pas en cause, ou bien étaient respectés. Au contraire, la gestion des caisses par les élus et le respect des principes démocratiques dans l'élection étaient des questions bien plus épineuses, car elles concernent directement les intérêts des usagers.

Ces considérations permettent d'abonder dans le sens de MM. J. Lachaume (122) et Léo Hamon (123), chacun ayant démontré, par des chemins différents, que les principes fondamentaux de la sécurité sociale mentionnés à l'article 34 comprennent, dans un sens extensif, ceux de l'aide sociale. Cette interprétation large résulte de la constatation selon laquelle relèvent du pouvoir législatif l'existence d'une allocation et la nature des conditions d'attribution, le droit à diverses aides sociales, la distinction de leurs

(122) J. LACHAUME : « La délimitation des domaines respectifs de la loi et du règlement dans le droit de l'aide sociale », *Revue de l'aide sociale*, janvier-mars 1962.

(123) LÉO HAMON : « La distinction des domaines de la loi et du règlement en matière de sécurité sociale, de droit syndical et de droit du travail », *Droit social* 1964, p. 407.

formes et l'autonomie de leur régime, la composition des commissions d'admission, l'existence de recours juridictionnels, toutes questions mettant en jeu les droits des usagers, c'est-à-dire « la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs », ainsi que « le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence », que garantit à tous le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (repris par celui de la Constitution de 1958).

CONCLUSION DU CHAPITRE 1^{er}

C'est d'ailleurs dans un sens extensif que l'on pourrait esquisser une *conclusion sur l'interprétation jurisprudentielle de l'article 34 de la Constitution en matière de libertés publiques* (124). Il apparaît en effet que la délimitation du domaine de l'article 34, dans les règles comme dans les principes fondamentaux est liée, pour le juge, à la garantie des intérêts particuliers et à la protection des libertés individuelles. Le critère de son action est la recherche de l'exercice effectif des libertés publiques : ceci découle de la jurisprudence même, selon laquelle un droit, ou une liberté, n'existe réellement que quand les conditions pratiques de son existence et de son exercice se trouvent réalisées. Droit civique, fonction publique, création de catégories d'établissements publics ou

(124) On s'en tient uniquement ici, il faut le rappeler, aux libertés publiques, sans reprendre l'ensemble des problèmes purement juridiques posés par la nouvelle répartition des compétences entre domaine législatif et domaine réglementaire, problèmes qui, outre qu'ils dépassent le cadre de cette étude, ont été déjà amplement développés en doctrine. Voir par ordre chronologique :

- J. RIVERO : « Regard sur les institutions de la IV^{me} République », D. 1958, chr. p. 259.
- MARTIN : « Une nouveauté constitutionnelle : la distinction entre les domaines législatif et réglementaire », Revue pratique de droit administratif 1958. Actualité VII.
- P. DURAND : « La décadence de la loi dans la Constitution de la V^{me} République », J.C.P. 1959.I.1470.
- G. MORANGE : « La hiérarchie des textes dans la Constitution du 4 octobre 1958 », D. 1959, chr. p. 21.
- J. DE SOTO : « La loi et le règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958 », R.D.P. 1959, p. 240.
- J. L'HUILLIER : « La délimitation des domaines de la loi et du règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958 », D. 1959, chr. p. 173.
- M. WALINE : « Les rapports de la loi et du règlement avant et après la Constitution de 1958 », R.D.P. 1959, p. 756.
- L. BERTRAND : « Propos autour des articles 34, 37 et 41 de la Constitution », E.D.C.E. 1959, p. 67.

de nouveaux ordres de juridiction, principes fondamentaux de la sécurité sociale, du droit du travail, des droits réels et des obligations sont autant de secteurs où, avec plus ou moins d'intensité, cette affirmation peut être vérifiée.

Cette tendance semble plus nette pour l'œuvre du Conseil Constitutionnel que pour celle du Conseil d'Etat, mais on ne peut en conclure avec certitude que la jurisprudence de la Haute Juridiction administrative est plus restrictive que celle du Conseil Constitutionnel, car les recours dont connaît celui-ci concernent le plus souvent des intérêts particuliers, des situations personnelles ou patrimoniales, alors que les recours intentés devant le Conseil d'Etat, outre leur nombre, de beaucoup supérieur, ont trait autant aux mesures d'organisation du service public qu'aux droits des usagers. Lorsque ces derniers sont directement en cause, le juge administratif (sauf exception) entend règles et principes fondamentaux dans un sens extensif et, à tout le moins, réaliste.

Du reste, c'est ce souci de réalisme qui anime l'une et l'autre juridictions, lorsqu'elles apprécient les principes en cause « dans le cadre des limitations de portée générale qui y ont été introduites pour permettre certaines interventions jugées nécessaires de la puissance publique », formule désormais classique. On peut certes regretter que la prise en compte de telles limitations justifie

- R. CHAPUS : « De la soumission au droit des règlements autonomes », D. 1960, chr. p. 119.
- L. HAMON : « Les domaines de la loi et du règlement à la recherche d'une frontière », D. 1960, chr. p. 253.
- R.-E. CHARLIER : « Les vicissitudes de la loi », Mélanges Maury, T. II, p. 303.
- J. SOUBEYROL : « La définition de la loi et la Constitution de 1958 », A.J.D.A. 1960, p. 123.
- « Les domaines respectifs de la loi et du règlement d'après la Constitution de 1958 », Documentation française, notes et études documentaires n^{os} 2908 et 2959 des 31 janvier et 28 juillet 1962, avec la collaboration de Jean GROUX.
- A.-G. COHEN : « La jurisprudence du Conseil constitutionnel de la loi d'après l'art. 34 de la Constitution », R.D.P. 1963, p. 745.
- PUGET : « L'extension du règlement au dépens de la loi dans la nouvelle Constitution française », Rev. intern. Sc. administratives 1963, p. 87.
- BURDEAU : « Le déclin de la loi », Archives de philosophie du droit 1963, p. 35.
- P. STILLMUNKÈS : « La classification des actes ayant force de loi », R.D.P. 1964.
- CARCELLES et MAS : « La Constitution et les garanties fondamentales des fonctionnaires », Revue administrative 1964, p. 136.
- P. LOUIS-LUCAS : « La loi », D. 1964, chr. p. 197.
- F. VINCENT : « De l'inutilité de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 », A.J.D.A. 1965, p. 564.

parfois une certaine timidité de la part du juge, surtout en matière de libertés publiques où la réticence n'est pas de mise, mais d'un autre côté, la recherche d'un exercice effectif des libertés s'accommoderait mal d'une censure systématique de l'action gouvernementale, qui s'exposerait ou bien à être méconnue par l'autorité administrative, ou bien à être couverte par différents procédés dont le moins condamnable n'est pas la validation législative, tentation fréquente lorsque le Gouvernement s'appuie sur une majorité stable (125). A quoi bon rendre des décisions très fermes, si elles restent de papier et ne sont pas suivies d'effet ? Mieux vaut adopter une attitude sanctionnatrice plus prudente, réservée aux atteintes graves et petit à petit, infléchir l'action de l'administration vers le respect de la légalité, au sens large. C'est, en quelque sorte, une question de stratégie et, plus que tout autre, le juge est persuadé de la fragilité des institutions face à la réalité quotidienne.

Se pose alors un délicat problème de dosage entre le respect des libertés et les nécessaires interventions de la puissance publique, dosage qui est à la base d'un certain et inéluctable arbitraire, que la doctrine n'a pas manqué de relever, parlant, entre domaine législatif et domaine réglementaire, de « partage byzantin » (126), montrant son embarras pour déduire des distinctions des termes mêmes de la Constitution (127) ou affirmant qu'est principe fondamental ce que le juge dit être tel (128).

De surcroît, le juge se trouve partagé entre la conception traditionnelle de la perfection de la loi et la position réaliste qu'il essaie de faire sienne dans sa propre dépendance à l'égard du pouvoir gouvernemental, au stade de l'élaboration de la loi comme à celui de son vote. Néanmoins, et bien que la notion de règle et celle de principe fondamental soient effectivement un cadre sans contenu « a priori » ni signification précise au départ, il est certain que l'article 34 opère une sélection parmi les matières juridiques, assignant à la loi les plus importantes de celles-ci, parmi

(125) Voir en Deuxième Partie, les développements consacrés aux validations législatives.

(126) J.-J. DUPEYROUX et J. LAMARQUE : « Les arrêts du Conseil d'Etat du 27 novembre 1964 et l'organisation de la sécurité sociale », J.C.P. 1965.I.1921, Intr. 3 a.

(127) L. HAMON : « La distinction des domaines de la loi et du règlement en matière de sécurité sociale, de droit syndical et de droit du travail », Droit social 1964, p. 415.

(128) J. LACHAUME : « La délimitation des domaines respectifs de la loi et du règlement dans le droit de l'aide sociale », Revue de l'aide sociale, janvier 1962, p. 1.

lesquelles les libertés publiques. Dans l'esprit du Constituant, ces dernières méritent une protection toute spéciale et, en confiant cette protection à la loi, il affirme par là-même la valeur et l'importance qu'il veut donner à celle-ci. Paradoxalement, la discrimination entre domaines législatif et réglementaire redonne une importance toute particulière à la loi. C'est pourquoi le juge souscrit volontiers au désir du Constituant et le complète par une interprétation extensive de la notion de liberté, qui recouvre non seulement son existence, mais aussi son exercice, c'est-à-dire sa possibilité pratique de réalisation.

A partir du catalogue des décisions rendues, on constate que le pouvoir réglementaire se voit confier les mesures d'une importance moindre, celles de mise en œuvre ou d'application des règles et des principes (129), et encore, sous réserve de ne pas les dénaturer, ce qui implique un contrôle exercé par le juge. Le domaine réglementaire apparaît comme un domaine subordonné, apprécié en fonction du droit positif en vigueur et que le juge tend à soumettre le plus largement possible à son contrôle. C'est pourquoi, si au sens matériel, le domaine de la loi est interprété d'une manière extensive, car l'article 34 contient des dispositions protectrices des libertés, au sens formel, parce qu'elle exclut tout contrôle, la loi reste entendue strictement et limitativement. Le critère formel garde ainsi son importance traditionnelle, en ce sens que seul l'acte voté et promulgué selon une procédure et des formes prévues par la Constitution en matière législative est incontestable et échappe au juge. Tous les autres actes, même s'ils ont force juridique égale à celle de la loi, pourront, au contraire, être susceptibles de recours. Dans cet ensemble à deux faces que constitue le pouvoir de décision, l'extension du contrôle juridictionnel à l'ensemble du domaine réglementaire est également une mesure positive en faveur de la protection des libertés.

(129) En sens contraire cependant, voir G. VEDEL, *Droit administratif*, p. 176.

CHAPITRE II

LE JUGE ET LE POUVOIR RÉGLEMENTAIRE

« L'arbitraire administratif est souvent plus redoutable que l'arbitraire politique, écrit le professeur Burdeau. Plus secret, plus quotidien, plus individualisé dans ses effets, il se prête moins à ces vastes mouvements de protestation qui parviennent parfois à arrêter le législateur » (1). Il est certain que, pour les libertés publiques, le risque de violation par le pouvoir gouvernemental est plus grand que de la part du pouvoir législatif, car la vie quotidienne met en présence l'individu et l'énorme machine administrative, et la victime se trouve isolée devant cette administration toute puissante qu'elle trouve constamment, sous différents aspects, en face d'elle.

C'est la raison pour laquelle le juge tend à soumettre à son contrôle le pouvoir réglementaire dans son ensemble, qu'il s'agisse du pouvoir réglementaire normal ou de son extension, par la pratique des « ordonnances ». De cette façon, la protection exercée sera la plus efficace, puisque, les matières juridiques étant réparties entre la loi et le règlement (au sens large), plus le domaine de la loi est exigü (ce qui est le cas avec la conjonction, pour définir la loi, des critères matériel et formel), plus le domaine réglementaire, soumis au contrôle juridictionnel, sera élargi.

(1) G. BURDEAU : « Les libertés publiques » (Paris, L.G.D.J. 1966), p. 74.

Section I

LE JUGE ET LE CONTROLE
DU POUVOIR REGLEMENTAIRE NORMAL.

Par pouvoir réglementaire normal, il faut entendre celui dont sont investies les autorités gouvernementales ou administratives, dans le cadre de leurs compétences ordinaires et sans habilitation spéciale. Sous le régime de la V^{me} République, il résulte du jeu combiné des articles 34 et 37 de la Constitution de 1958.

Par. 1. — Il s'agit tout d'abord des *mesures prises pour l'exécution des lois*. Certes, le législateur est toujours libre d'aller aussi loin qu'il le désire dans le détail de la mise en œuvre des lois, mais la plupart du temps, il se contente d'inviter le gouvernement à édicter des règlements pour appliquer ou compléter le texte de la loi. Interprétant même dans un sens large l'expression « exécution des lois », le Conseil d'Etat a admis depuis longtemps (2) que, même en l'absence de toute invitation ou habilitation législative, le Gouvernement pouvait toujours spontanément prendre les décrets réglementaires qu'exige l'application d'une loi.

Il en résulte une double garantie pour les libertés. D'une part, ce pouvoir réglementaire est toujours subordonné à la loi ; il ne s'exerce que dans un domaine « résiduel » (3), dans la mesure où le législateur a omis de se prononcer sur les détails d'application. D'autre part, il est soumis, comme tous les actes administratifs, au régime contentieux, ceci depuis l'arrêt du 6 décembre 1907 « Compagnie des Chemins de fer de l'Est » (4), et est susceptible de recours administratif.

Ainsi le règlement pris pour l'application d'une loi (la plupart du temps, règlement d'administration publique) doit respecter, à peine d'illégalité, la loi qu'il exécute, mais aussi la législation en vigueur. S'il va au-delà des mesures de mise en œuvre ou de détail

(2) C.E. 28 juin 1918, Heyriès, Rec. p. 651, S. 1922.3.49, note Hauriou ; C.E. 8 août 1919, Labonne, Rec. p. 737.

(3) La formule est du Doyen G. VEDEL, Droit administratif, Thémis, p. 176.

(4) Rec. p. 913, concl. Tardieu ; S. 1908.3.1, concl. Tardieu, note Hauriou ; D. 1908.3.57, concl. Tardieu ; R.D.P. 1908, p. 38, note Jèze.

d'application, il n'est légal que si cela apparaît comme le complément indispensable de la réalisation des dispositions mêmes de la loi (5).

Sous la Constitution de 1958, la pratique du règlement d'administration publique est conservée pour les matières relevant totalement de la compétence du législateur, c'est-à-dire pour la première partie de l'article 34 : ainsi en a jugé le Conseil d'Etat dans un arrêt du 27 janvier 1961 : *Sieur Daunizeau et autres* (6). Il a rappelé également le caractère de subordination à la loi de ces règlements dans un arrêt du 1^{er} décembre 1961 : *Société Jean Roques* (7), annulant la disposition d'un règlement d'administration publique qui faisait échec à certains articles du Code civil (cf. *supra*).

Par. 2. — La seconde partie de l'article 34 réserve au législateur la détermination des principes fondamentaux de certaines matières, ce qui signifie qu'il ne peut aller au-delà et que le pouvoir réglementaire est compétent pour prendre les mesures qui ne mettent pas en cause les principes fondamentaux. Le pouvoir réglementaire est ici à mi-chemin entre le précédent — totalement subordonné — et le pouvoir réglementaire autonome de l'article 37 : à condition de ne pas toucher aux principes fondamentaux, il dispose d'un domaine d'action spécifique, qui recouvre non seulement les mesures d'application proprement dites des principes fondamentaux, mais aussi toutes les mesures qui, dans les matières envisagées par l'article 34, en sa seconde partie, ne concernent pas de principes fondamentaux.

On a vu précédemment quelles difficultés engendre la délimitation exacte entre principe fondamental et principe non fondamental, et comment le juge s'emploie à les résoudre à partir de la notion d'importance et d'antériorité du principe. Mais ce sont là des formulations trop vagues qui fournissent de simples indications, et non des critères précis ; aussi les nuances sont-elles subtiles en ce domaine, par exemple lorsque les conditions d'attribution d'une prestation sont rangées dans le domaine législatif, et les éléments de ces conditions dans le domaine réglementaire (8). Le juge s'en

(5) C.E. 12 décembre 1953, *Union nationale des associations familiales*, D. 1954, p. 511, note Rossillon, Rec. p. 545 ; C.E. 25 octobre 1957, *Duval*, Rec. p. 556, R.D.P. 1958, p. 507, note Waline.

(6) Rec. p. 57 ; A.J.D.A. 1961, pp. 106 et 75, chr. Galabert et Gentot.

(7) Rec. p. 675.

(8) Cf. C.C. 22 décembre 1961, S. 1963, p. 279, note L. Hamon.

est rendu compte et, s'il admet que le pouvoir réglementaire ne peut ni ajouter, ni supprimer des conditions d'une autre nature, mais peut, en revanche, en modifier la mesure, il ajoute aussitôt « sauf à ne pas dénaturer lesdites conditions ». Cette réserve de la dénaturation, celle-ci pouvant aboutir à remettre en question un principe, par un bouleversement de ses modalités d'application, montre que le juge garde son pouvoir de contrôle sur toutes les mesures réglementaires prises dans ces matières de l'article 34. Il veille, et l'étude jurisprudentielle faite ci-dessus le prouve, à ce que le pouvoir réglementaire, sous des prétextes divers, mesures d'application ou fixation d'éléments de condition, ne puisse porter atteinte aux libertés publiques que concernent le régime de la propriété, des droits réels, des obligations civiles et commerciales, le droit du travail, le droit syndical et celui de la sécurité sociale.

Par. 3. — Reste enfin le pouvoir réglementaire autonome, principale innovation, sur le plan juridique, de la Constitution de 1958, aux termes de laquelle (article 37, alinéa 1) « les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire ». Sur la nouvelle répartition entre la loi et le règlement, la doctrine a beaucoup écrit (cf. les références données ci-dessus (9) à propos de la loi, également valables ici, puisqu'elles concernent les deux faces d'un même volet) et l'on se bornera à rappeler les aspects de la question qui regardent les libertés publiques.

Le danger que couraient celles-ci était très grand, car, hormis les matières de l'article 34, le pouvoir réglementaire s'exerce désormais en toute indépendance par rapport au pouvoir législatif ; sous la seule réserve des règles et principes figurant dans la Constitution, il peut librement prendre toutes mesures, qu'elles soient de principe ou d'application. On aurait pu se demander s'il ne s'agissait pas là, en fait, d'un second pouvoir législatif, parallèle à celui du Parlement. Pour beaucoup d'auteurs, un grand point d'interrogation était posé. « L'affranchissement des règlements autonomes de l'obligation de respecter des lois absentes par définition dans le domaine où ils sont édictés, écrit le professeur de Laubadère, leur caractère apparemment « initial et inconditionné » (cf. la définition de la loi de Carré de Malberg), rapproché de l'esprit du nouveau régime constitutionnel favorable à un renforcement accusé des prérogatives de l'Exécutif, conduisaient à se

(9) Note 124.

poser la question » (10). Admettre un partage du pouvoir législatif entre Parlement et Gouvernement conduisait à assimiler les règlements de l'article 37 aux lois formelles et à les soustraire au contrôle du juge administratif. Toute une catégorie d'actes, et non des moindres, aurait ainsi échappé au juge. Une telle conception aurait consacré ce que le doyen Vedel a appelé « un pouvoir normatif gouvernemental, qui s'exercerait en la forme du règlement, mais qui aurait la même force juridique que la loi » (11). Certes, l'article 34 protège certaines libertés publiques mais les autres auraient été laissées à la discrétion du pouvoir réglementaire, sans recours juridictionnel d'aucune sorte possible.

Aussi le juge s'est-il refusé à faire prévaloir une telle interprétation des dispositions constitutionnelles, et à faire échapper les règlements autonomes à tout contrôle de légalité. Rien n'indique, en effet, dans le texte constitutionnel, que le pouvoir réglementaire autonome de l'article 37 soit élevé, dans la hiérarchie des textes, au niveau de la loi. A défaut d'une disposition expresse de la Constitution, il faut donc en revenir à la hiérarchie traditionnelle et admettre que le règlement, même autonome, se situe toujours à un niveau inférieur à celui de la loi. Telle est l'opinion de la doctrine (12).

Si le règlement semble échapper au principe de légalité, c'est en raison de l'absence de la loi dans les matières de l'article 37 mais on ne peut en conclure qu'il existe une égalité juridique entre la loi et le règlement. Dans l'échelle des actes juridiques, le règlement continue de se situer en-dessous de la loi. Il en résulte que les règlements autonomes sont subordonnés non seulement à la loi au sens formel, ce qui est sans intérêt en l'occurrence puisque par définition, la loi est absente de l'article 37, mais aussi et surtout à tout acte ayant valeur législative et d'une manière générale, à tout ce qui se trouve au niveau de la loi, ce qui, dans la pratique, comprend les principes généraux du droit non écrits.

Ce principe a été affirmé par le Conseil d'Etat dans le célèbre arrêt du 26 juin 1959 : Syndicat général des ingénieurs-conseils

(10) « Traité élémentaire de droit administratif », T. I, p. 76.

(11) « Droit administratif », 1^{re} édition, appendice p. 631.

(12) Voir notamment R. CHAPUS : « De la soumission au droit des règlements autonomes », D. 1960, chr. p. 119 ; J. RIVERO, D.A. n° 58 ; G. VEDEL, D.A. p. 39 ; A. DE LAUBADÈRE : « Traité élémentaire », I, p. 79.

(13). L'autorité réglementaire, déclare le Conseil d'Etat, est tenue de respecter « les principes généraux du droit qui, résultant notamment du préambule de la Constitution, s'imposent à toute autorité réglementaire même en l'absence de dispositions législatives ».

De cette décision, amplement commentée, pour ne pas dire célébrée, en doctrine, on retiendra le principe, essentiel pour la protection des libertés, que, comme tous les règlements, les règlements autonomes sont soumis au respect des principes généraux du droit. De nombreux arrêts ont, par la suite, confirmé cette jurisprudence (14). Ainsi le contrôle juridictionnel s'exerce d'une manière efficace sur leur validité et limite les risques d'arbitraire dus à l'extension des prérogatives du pouvoir gouvernemental.

Quant à la question, plus controversée par les auteurs, de savoir si les principes généraux du droit ont valeur législative — comme l'affirme le professeur de Laubadère (15), et ainsi qu'il ressort explicitement de certains arrêts (16) — ou constitutionnelle (pour le doyen Vedel (17), et en ce qui concerne certains d'entre eux, comme l'affirme le Commissaire du Gouvernement Fournier), elle est, pour la protection des libertés, d'une importance relative puisqu'il n'existe pas de contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. Il suffit de savoir que les principes généraux sont situés au-dessus du pouvoir réglementaire et que celui-ci doit leur être subordonné, le juge se réservant de contrôler, par rapport à eux, la validité des règlements autonomes.

(13) Rec. p. 394 ; S. 1959, p. 202, note Drago ; D. 1959, p. 541, note L'Huillier ; R.D.P. 1959, p. 1004, concl. Fournier ; A.J.D.A. 1959, p. 153, chr. Combarrous et Galabert ; Revue adm. 1959, p. 381, note Georgel ; G.A.J.A. n° 107 p. 406 ; Revue juridique et politique d'Outre-Mer 1960, p. 441, concl. Fournier ; voir également BRAIBANT : « L'arrêt "Syndicat général des ingénieurs-conseils" et la théorie des principes généraux du droit » in E.D.C.E. 1962, p. 67.

(14) Cf. les arrêts étudiés ci-dessus : C.E. 12 février 1960, société Eky, Rec. p. 101, S. 1960 p. 131, concl. Kahn, D. 1960 p. 263, note L'Huillier ; J.C.P. 1960.II.11229 bis, note Vedel ; C.E. 18 mai 1960, Karle, Rec. p. 333, concl. Fournier ; C.E. 28 octobre 1960, De Laboulaye, Rec. p. 570, A.J.D.A. 1961 p. 20, concl. Heumann, Droit social 1961 p. 143, concl. Heumann, note P.-H. Teitgen ; C.E. 27 janvier 1961, Daunizeau, Rec. p. 57, A.J.D.A. 1961 p. 75, chr. Galabert et Gentot ; C.E. 13 juillet 1962, Conseil national de l'Ordre des Médecins, Rec. p. 479, R.D.P. 1962 p. 739, concl. Braibant.

(15) « Traité élémentaire », I, pp. 200-201.

(16) C.E. 7 février 1958, Syndicat des propriétaires de forêts de chênes-liège d'Algérie, Rec. p. 74, A.J.D.A. 1958.II.130, concl. Grévisse ; C.E. 19 février 1960, Fédération algérienne des syndicats de défense des irrigants, Rec. pp. 129 et 130 - deux décisions.

(17) « Droit administratif », p. 202.

On notera simplement que l'arrêt « Syndicat général des ingénieurs-conseils » semble amorcer une distinction, à l'intérieur des principes généraux, entre ceux qui résultent du préambule de la Constitution et les autres, ce qui laisse à penser que le juge a voulu conférer une autorité accrue à certains principes en les rattachant à la Constitution comme s'il craignait que, devenu plus fort sous la V^{me} République, l'exécutif acceptât plus difficilement de respecter des principes ayant simple valeur législative. Le Conseil d'Etat a sans doute voulu donner une justification supplémentaire de la subordination à ces principes du pouvoir réglementaire autonome.

C'est donc dans un souci de protection des droits et des libertés, souci qui fondait déjà, on s'en souvient, la théorie des principes généraux du droit, que le juge soumet à son contrôle l'ensemble du pouvoir réglementaire, y compris le pouvoir réglementaire autonome. Bien sûr, l'intensité du contrôle variera en fonction de l'étendue de la compétence réglementaire qui, assez étroite dans le cadre de la première partie de l'article 34, s'élargit dans celui de la seconde partie et plus encore dans celui de l'article 37, alinéa 1. Mais, en tous les cas, le juge affirme la soumission du pouvoir réglementaire normal à une règle de droit supérieure, que celle-ci soit écrite ou non (18). C'est là pour les libertés une garantie certaine, qui se trouve, par ailleurs, consolidée par l'extension de cette subordination au pouvoir réglementaire occasionnel ou exceptionnel.

Section II

LE JUGE ET LES EXTENSIONS DU DOMAINE RÉGLEMENTAIRE

Que ce soit au point de vue juridique ou historique, c'est dans les circonstances qui sortent de l'ordinaire que les libertés sont le plus menacées, car bien des excès risquent d'être commis en ces

(18) Sur le plan constitutionnel, on observera que si le pouvoir gouvernemental entend, à l'intérieur du domaine réglementaire par nature, porter atteinte à un principe général du droit, il doit le demander au Parlement et obtenir le vote d'une loi en ce sens. En cette hypothèse, les matières qui normalement font partie du domaine réglementaire passent dans celui de la loi, et des décisions illégales prises dans le domaine de l'article 37 ne peuvent être validées que par une loi.

période « anormales » où, par définition, la légalité ne s'applique pas dans les mêmes conditions, et où la concentration du pouvoir tend à s'opérer au profit du pouvoir gouvernemental. Aussi le juge manifeste-t-il le désir constant de soumettre le plus largement possible à son contrôle les mesures prises en ces circonstances. La solution des difficultés posées par le régime de la V^{me} République est significative à cet égard, qu'il s'agisse des « ordonnances » au sens large ou des décisions prises en application de l'article 16 : le Conseil d'Etat y confirme sa jurisprudence extensive traditionnelle.

Par. 1. - Le contrôle des ordonnances prises en vertu de l'article 38 de la Constitution.

A. — L'article 38, alinéa 1^{er}, stipule que « le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi ». Cette consécration constitutionnelle du procédé des décrets-lois vise à porter remède à la faiblesse de nature du pouvoir réglementaire et n'est d'ailleurs pas particulière à la France. (Outre les régimes britannique et américain, la Constitution italienne, en ses articles 76 et 77 et la loi fondamentale de la République Fédérale d'Allemagne (article 80 alinéa 1) officialisent ce système).

Sur le plan juridique, le régime de ces ordonnances a été largement développé en doctrine (19). Sur le plan pratique, les applications de l'article 38 (on en compte huit à ce jour) concernent, de près ou de loin, les libertés publiques :

1. - Loi n° 60-101 du 4 février 1960 autorisant le Gouvernement à prendre, durant un an, par application de l'article 38 de la Constitution, certaines mesures relatives au maintien de l'ordre, à la sauvegarde de l'Etat, à la pacification et à l'administration de l'Algérie (20).

(19) G. VEDEL : « Droit administratif », p. 180 ; A. DE LAUBADÈRE : « Traité élémentaire », p. 78 ; J. RIVERO : « Droit administratif », p. 61. Voir également les articles cités plus haut à propos de la loi, auxquels il faut ajouter : P. MONTANÉ DE LA ROQUE : « L'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958 et la loi de pouvoirs spéciaux du 4 février 1960 », in *Mélanges Maury*, T.II, p. 199, et Ch. DEBBASCH : « Les ordonnances de l'article 38 dans la Constitution du 4 octobre 1958 », J.C.P. 1962, chr. n° 1701.

(20) J.O. 5 février 1960, p. 1178. Trente ordonnances ont été prises dans le cadre de cette loi, les plus importantes concernant le remaniement du Code pénal et des règles de procédure judiciaire, la prorogation de l'état d'urgence, l'aggravation des sanctions à l'égard des fonctionnaires.

2. - Loi n° 60-773 du 30 juillet 1960 autorisant le Gouvernement à prendre pendant 4 mois par application de l'article 38 de la Constitution les mesures nécessaires pour lutter contre certains fléaux sociaux (21). Il s'agit de la réduction de la consommation d'alcool, de l'abaissement des prix des jus de fruits et eaux minérales, du problème de la franchise des bouilleurs de crus, de la répression de la traite des êtres humains, de l'exploitation de la prostitution d'autrui et de la lutte contre l'homosexualité.

3. - Loi n° 61-1439 du 26 décembre 1961 relative à l'accueil et à la réinstallation des Français d'Outre-Mer (22). Art. 2 : « Le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnances ...celles des mesures mentionnées à l'article 1^{er} qui sont du domaine de la loi et relatives aux règles concernant les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat ainsi qu'aux principes fondamentaux du droit du travail et de la sécurité sociale ». (L'article 1^{er} énonce « un ensemble de mesures de nature à intégrer les Français rapatriés dans les structures économiques et sociales de la Nation »).

4. - Loi du 8 août 1962 autorisant le Gouvernement à prendre par ordonnance les mesures nécessaires pour l'application des directives de la communauté économique européenne en matière de politique agricole commune.

5. - Loi n° 64-1231 du 14 décembre 1964 relative à l'application de certains traités internationaux, autorisant le Gouvernement à prendre par ordonnances, avant le 1^{er} janvier 1966, les mesures normalement comprises dans le domaine de la loi, nécessaires pour assurer l'application des directives du Conseil de la Communauté économique européenne en vue de réaliser progressivement la liberté d'établissement et des prestations de services à l'intérieur de cette Communauté, en application du traité de Rome (23).

6. - Au 1^{er} janvier 1966, aucune ordonnance n'ayant encore été prise en application de la loi précédente, le Gouvernement demanda une nouvelle autorisation législative, qui lui fut accordée par la loi n° 66-481 du 6 juillet 1966, identique dans les termes à la précédente, mais accordant de nouveaux délais pour la prise des ordonnances et les ratifications parlementaires (24).

(21) J.O. 1^{er}-2 août 1960, p. 7130.

(22) J.O. 28 décembre 1961, p. 11.996.

(23) J.O. du 15 décembre 1964, p. 11.146.

(24) J.O. du 7 juillet 1966, p. 5.781. Voir également : L. HAMON et J. VAUDIAUX : « Chronique constitutionnelle et parlementaire française », R.D.P. 1967, p. 319.

7. - Loi n° 66-949 du 22 décembre 1966 relative à la consultation de la population de la Côte française des Somalis, autorisant le Gouvernement à procéder par ordonnances pour prendre toute mesure relevant du domaine de la loi que justifierait la situation, c'est-à-dire au cas où les populations auraient choisi l'indépendance (25).

8. - Loi n° 67-482 du 22 juin 1967 autorisant le Gouvernement à prendre, au plus tard jusqu'au 31 octobre 1967, par application de l'article 38, des mesures d'ordre économique et social (26).

Huit lois d'habilitation en neuf années de pratique constitutionnelle : on ne peut pas dire que leur nombre ait augmenté de façon sensible par rapport aux régimes antérieurs, et, sur ce point tout au moins, les craintes d'abus exprimées par les auteurs, lors de l'entrée en vigueur de la Constitution, ne se sont pas réalisées. Quant à leur domaine, par contre, les difficultés ne sont pas résolues, car un Gouvernement comme celui de la V^{me} République dispose de suffisamment de moyens, surtout avec l'aide d'une majorité docile, pour faire adopter des projets de loi d'habilitation au contenu particulièrement extensif (27).

B. — C'est pourquoi le Conseil d'Etat, voulant étendre au maximum son contrôle sur les actes émanant du pouvoir gouvernemental, surtout, comme c'est le cas, lorsque ces actes concernent les libertés publiques, a décidé que, bien qu'intervenant dans un domaine normalement réservé à la loi et ayant le même effet que celle-ci, les ordonnances conservaient jusqu'à ce qu'elles soient ratifiées, la nature d'actes administratifs réglementaires. Le juge administratif infirme ici la théorie d'éminents auteurs, tels que MM. de Soto et Waline, pour qui les ordonnances sont de nature législative. M. de Soto (28) parvenait à cette conclusion après avoir relevé que sont appelées ordonnances par la Constitution toutes les décisions gouvernementales prises en matière législative (cf. art. 47 et 92), ce qui fait que la nature juridique d'un acte dépendrait de son objet et non de la qualité de son auteur. De son côté, M. Waline mettait en relief la

(25) J.O. du 23 décembre 1966, p. 11.304.

(26) J.O. du 23 juin 1967, p. 6.211.

(27) Cf. les critiques apportées d'une part à la loi d'habilitation du 4 février 1960 (M. Montané de la Roque, art. précité), d'autre part, à la loi du 22 juin 1967. Ce sont là les deux textes les plus importants, quant aux conséquences qu'ils ont eues, ou auront, sur l'exercice des libertés publiques (libertés individuelles, pour la loi du 4 février 1960 ; droit du travail et de la sécurité sociale, pour celle du 22 juin 1967).

(28) « La loi et le règlement dans la Constitution de 1958 », R.D.P. 1959, p. 287.

substitution de la conception matérielle de la loi à la conception organique et formelle pour affirmer que la loi serait l'acte portant sur une matière déclarée législative par la Constitution. La qualité de l'auteur de l'acte n'étant plus prise en considération, le vote du Parlement ne serait plus indispensable et, portant sur un domaine attribué à la loi par la Constitution, les ordonnances seraient dès lors des actes législatifs.

Mais la Haute Juridiction administrative, en examinant des recours intentés contre des ordonnances, a par là même affirmé le caractère réglementaire de celles-ci. Telle était d'ailleurs la position du Premier Ministre lui-même, M. Debré, qui après avoir affirmé en tant que Garde des Sceaux dès 1958, lors de la séance du Comité Consultatif Constitutionnel du 5 août : « Je vous mets en garde contre le bouleversement total qui consisterait à confier au Conseil Constitutionnel le contrôle du Conseil d'Etat qui contrôle, sans que la saisine soit limitée, tous les actes du pouvoir réglementaire, y compris les ordonnances : je vous demande très fermement de ne pas bouleverser ce qui existe » (29), ajoutait devant le Sénat, lors des débats relatifs à la loi du 4 février 1960 : « Le Conseil d'Etat peut examiner au contentieux la légalité des ordonnances prises en fonction de l'article 38, comme il le faisait pour les anciens décrets-lois de la III^{me} et de la IV^{me} République. Cela a été confirmé par le Conseil d'Etat lui-même... L'ordonnance reste un acte réglementaire et le Conseil d'Etat peut en apprécier la légalité » (30).

La même opinion était exprimée par une grande partie de la doctrine (31), pour laquelle les ordonnances de l'article 38 sont le fruit non d'une délégation de la compétence législative, mais bien d'une extension de la compétence réglementaire classique, puisque l'habilitation concerne uniquement les matières de l'article 34 et ne modifie que les rapports entre la loi au sens formel et le pouvoir réglementaire classique. L'effet de l'habilitation n'est pas d'enlever des matières au domaine législatif, mais d'accorder temporairement au pouvoir réglementaire classique la possibilité d'intervenir dans des matières législatives.

Dans deux arrêts de 1961, le Conseil d'Etat a entériné la thèse favorable à la nature réglementaire des ordonnances, en examinant

(29) « Travaux préparatoires de la Constitution, Avis et débats du Comité consultatif constitutionnel », T. I, p. 77.

(30) J.O. des débats parlementaires, Sénat, 3 février 1960, p. 37.

(31) Cf. DEBBASCH, *op. cit.*

des recours contre des ordonnances prises en application de la loi du 4 février 1960.

1. - Le premier « sieur Damiani » (32), n'est guère révélateur. Le requérant demandait l'annulation des articles de 1 à 6 et des articles 8 et 9 de l'ordonnance n° 1067 du 6 octobre 1960 qui modifiaient les règles du Code de procédure pénale (art. 331 et 444) et du Code de Justice militaire (art. 71, 72, 81 et 82). Le Conseil d'Etat déclara que « toutes les dispositions de l'ordonnance du 6 octobre 1960 relatives aux dépositions de témoins, à la procédure devant les tribunaux militaires, à la discipline des avocats, tendent à faciliter et à accélérer le cours de la justice répressive et sont, par conséquent, au nombre des mesures relatives notamment au maintien de l'ordre et à la sauvegarde de l'Etat, que le Gouvernement était autorisé à prendre en vertu de la loi des pouvoirs spéciaux du 4 février 1960 ».

Ainsi, le juge examine le recours, mais pour le rejeter, car la loi du 4 février 1960 contenait une habilitation très large au profit du pouvoir réglementaire, aucune autre limite n'étant fixée par le législateur que le but à poursuivre, et encore ce dernier était-il libellé en des termes très vagues. Nombreuses et variées sont les « mesures nécessaires pour assurer le maintien de l'ordre, la sauvegarde de l'Etat, la pacification et l'administration de l'Algérie » (art. 1^{er} de la loi). Rien n'est dit sur l'objet et la nature de l'habilitation, ce qui confère théoriquement une part d'appréciation assez large au juge pour déterminer si le but indiqué dans l'habilitation est poursuivi par l'autorité gouvernementale. Mais les termes de la loi du 4 février 1960 sont tellement généraux qu'ils permettent bien des applications pratiques et peuvent servir difficilement de point de comparaison pour apprécier une disposition litigieuse. En fait, leur généralité même rendait possible un dessaisissement total du Parlement, un renoncement quasi-complet à ses compétences (33) et il était difficile au juge, dans ces conditions, d'adopter une position stricte. Peut-être peut-on suggérer pourtant que, l'expression « mesures nécessaires » étant à peu près identique aux formules employées en matière de police administrative et de maintien de l'ordre public, le juge aurait pu appliquer en la matière les principes mêmes de la juris-

(32) C.E. 3 novembre 1961, Rec. p. 607 ; D. 1961 p. 723 ; S. 1962 p. 61.

(33) Cf. à cet égard l'intervention de M. Brocas à l'Assemblée nationale : pour lui le projet de la loi conférait au Gouvernement le pouvoir « de prendre n'importe quelle mesure, contre n'importe qui, n'importe où et n'importe comment ». (*Le Monde* 4 février 1960).

prudence « Benjamin » (34), c'est-à-dire examiner si les mesures prises étaient bien nécessaires et proportionnées à l'atteinte causée aux droits de la défense, ou encore si elles pouvaient méconnaître les principes généraux du droit. Rien n'indique dans l'arrêt, d'ailleurs, que telle n'a pas été la démarche du juge, lequel a pu tenir compte du caractère exceptionnel de la situation qui a motivé le vote de la loi du 4 février 1960 (on était au lendemain de la semaine dite « des barricades », à Alger).

2. - Plus ferme semble être, en revanche, la solution adoptée par le Conseil d'Etat dans l'arrêt du 24 novembre 1961 « Fédération Nationale des syndicats de police de France et d'Outre-Mer » (35). Une ordonnance du 18 août 1960, prise également en vertu de la loi d'habilitation du 4 février 1960, avait modifié en partie le statut des personnels de police de la Sûreté Nationale, statut spécial édicté par la loi n° 48-1504 du 23 septembre 1948.

a) Le Conseil d'Etat a d'abord annulé l'article premier de l'ordonnance, qui, estime-t-il, avait pour effet de « transférer au gouvernement d'une manière permanente le pouvoir de définir les garanties fondamentales accordées aux personnels de police de la Sûreté Nationale ». Car, avait-il déclaré auparavant, « si la loi du 4 février 1960 habilitait le Gouvernement à prendre, pendant un délai limité, des « mesures comprises normalement dans le domaine de la loi et nécessaires pour assurer le maintien de l'ordre » et, par conséquent, à fixer, par ordonnance prise en vertu de l'article 38 de la Constitution, les garanties fondamentales reconnues aux personnels de police de la Sûreté Nationale, les dispositions attaquées de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 18 août 1960, loin de déterminer ces garanties, donnent au Gouvernement tout pouvoir de régler par décrets en Conseil d'Etat le statut de ces personnels, les dispositions de l'ordonnance du 4 février 1959 portant statut général des fonctionnaires ne demeurant applicables à ceux-ci que dans la mesure où le Gouvernement aura choisi de n'y pas déroger ».

Première constatation : l'interprétation de la loi d'habilitation est toujours aussi large, puisqu'elle justifiait la fixation par ordonnance des garanties fondamentales reconnues aux personnels de police, ainsi que, sera-t-il affirmé dans la même décision, la suspension de la procédure de l'élection aux commissions administratives

(34) C.E. 19 mai 1933, S. 1934.3.1, concl. Michel, note Mestre ; D. 1933.3.354, concl. Michel ; G.A.J.A. n° 56 p. 212.

(35) Rec. p. 688 ; D. 1962 p. 424, note M. Fromont ; A.J.D.A. 1962 p. 114, note J. T. ; S. 1963 p. 59, note L. Hamon.

paritaires, et donc la prorogation du mandat de leurs membres actuellement en fonction. Là n'est donc pas l'innovation ; d'ailleurs les termes très généraux de la loi d'habilitation autorisaient difficilement une interprétation stricte de la part du juge qui, de surcroît, on le verra, interprète plutôt largement les délégations parlementaires.

Ce n'est donc pas une raison d'ordre matériel qui a motivé l'annulation, mais une raison d'ordre procédural. Le Gouvernement pouvait, par voie d'ordonnances, édicter lui-même un nouveau statut des personnels de police : ce point, loin d'être contesté, est reconnu explicitement par le Conseil d'Etat. Mais ce qu'il ne pouvait pas faire, par contre, c'est subdéléguer à d'autres un pouvoir qui lui avait été accordé, et à lui seul, par le législateur. On voit trop le danger qu'auraient couru les libertés publiques. Si l'on admet que le Gouvernement puisse prendre par décret des mesures qui normalement devraient l'être par voie d'ordonnance, il n'y a aucune raison de s'opposer à un prolongement en chaîne de cette subdélégation, en confiant à diverses autorités subordonnées (ministre, préfet de police ou préfet, maire) le soin d'édicter de telles mesures. Le résultat serait que des matières jugées tellement importantes qu'elles devraient bénéficier de la plus haute garantie, c'est-à-dire leur inclusion dans le domaine législatif, seraient, par le biais de délégations successives, réglementées à l'échelon le plus bas.

C'est en fait tout le problème de la délégation de pouvoir qui se trouvait posé et remis en cause. Traditionnellement, celle-ci est considérée avec une grande sévérité, tant par la doctrine que par la jurisprudence (36), car, écrivait J. Laferrière, « l'autorité à laquelle la Constitution ou la loi confère certaines attributions (sans prévoir et autoriser de substitution possible) doit les exercer elle-même et ne peut charger une autre autorité de les exercer à sa place : ce serait de sa part modifier la répartition des compétences établies par la constitution ou la loi. Les pouvoirs s'exercent, ils ne se délèguent pas » (37).

Aussi le principe est-il que toute délégation nécessite une habilitation législative (sauf exception, par exemple, pour les ministres) ou, à l'intérieur de l'Administration, un texte de portée générale (38). Pourtant cette hostilité à la délégation se trouvait tournée

(36) Cf. l'évolution retracée par M. L. Hamon dans sa note au Sirey 1963, p. 61, VII.

(37) « Manuel de droit constitutionnel », 1944, p. 796.

(38) Voir J.-C. GROSHENS : « La délégation administrative de compétence », D. 1958, chr. p. 197.

en pratique au stade parlementaire par l'extension législative de la compétence gouvernementale (extension reconnue dans l'avis du Conseil d'Etat du 6 février 1953 (39), et au stade gouvernemental par la pratique des autorisations de délégations.

Dès lors, la jurisprudence a admis la légalité d'une subdélégation de pouvoirs lorsque l'autorité délégante avait posé les principes et fixé le cadre à l'intérieur duquel s'exerceraient les pouvoirs subdélégués (40).

Précisément, en l'espèce, le Conseil d'Etat aurait pu se borner à annuler la disposition litigieuse au seul motif que la loi d'habilitation ne comportait pas la possibilité d'une subdélégation. Mais il a voulu aller plus loin et fonder l'annulation sur « la violation de l'article 34 de la Constitution », c'est-à-dire en fait, sur la méconnaissance de la garantie que constitue pour les libertés publiques leur insertion dans le domaine législatif. Là, se trouve, semble-t-il, le vrai motif de l'annulation. En effet, il résulte de la nouvelle répartition entre matières législatives et réglementaires, que, par principe, les ordonnances sont prises dans des matières réservées au législateur par l'article 34. Matières dans lesquelles interviennent les ordonnances et matières réservées à la loi sont donc identiques, et si l'on admet que les ordonnances puissent se décharger sur des actes hiérarchiquement inférieurs du soin d'édicter des principes faisant partie du domaine d'habilitation, on admet par là-même que le pouvoir réglementaire puisse porter atteinte en permanence au domaine réservé au législateur. En d'autres termes, le Gouvernement, même par voie d'ordonnance, ne peut pas, sans violer l'article 34 de la Constitution, modifier l'étendue du domaine de la loi et transférer, par ce biais, une matière législative dans le domaine réglementaire.

C'est pourquoi la partie des statuts des personnels de police qui concernait les garanties fondamentales ne pouvait être édictée, relevant de la compétence du législateur, que par une loi ou une ordonnance, et non par des décrets par lesquels le Gouvernement aurait exercé d'une manière permanente « le pouvoir de définir les garanties fondamentales accordées aux personnels de police ». Encore faudrait-il, évidemment, savoir quelles sont « les garanties fondamentales » des fonctionnaires : compte tenu des dispositions de la Constitution, de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel et

(39) R.D.P. 1953 p. 170.

(40) C.E. 27 décembre 1938, Amicale des anciens combattants des chemins de fer, D.P. 1939.3.57, note L. Rolland ; S. 1939.3.33, note P. L.

de celle du Conseil d'Etat, et avec le Commissaire du Gouvernement Jouvin, on rappellera que peuvent être rangés dans cette catégorie le droit syndical, le droit de grève, la représentation dans les commissions paritaires, la protection contre les menaces et injures et contre les poursuites pour fautes de service, les règles relatives à la composition du dossier, le droit au traitement, aux indemnités et à la sécurité sociale, la subordination du licenciement à des lois de dégagement des cadres réglant les questions de préavis et d'indemnisation.

Ainsi le Conseil d'Etat n'hésite pas à se placer sur le plan constitutionnel pour annuler la disposition litigieuse d'une ordonnance, ce qui confirme la tendance notée au début de cette étude selon laquelle, en présence d'une disposition contraire à une liberté publique, le juge l'interprète restrictivement (et parfois même l'ignore purement et simplement) si elle est édictée par une loi au sens strict, et l'annule si elle est l'œuvre du pouvoir réglementaire, quel que soit son effet et sa force juridique. Comme l'a écrit M. L. Hamon « incontestablement, la facilité donnée au législatif par la nouvelle Constitution — notamment dans son article 38 — de consentir des délégations de pouvoirs à l'Exécutif, trouve sa contrepartie dans une réticence accrue du Conseil d'Etat à admettre, en pareil cas, une subdélégation de ses pouvoirs par le Gouvernement au sein de l'Exécutif » (41).

b) Le Conseil d'Etat ne s'est pas arrêté là, et, dans le même arrêt, il a annulé d'autres dispositions de l'ordonnance du 18 août 1960, qui avaient pour objet de décider que les commissions administratives paritaires resteraient composées des membres élus en 1959, et de proroger leur mandat. Or, estime la Haute Juridiction, de telles dispositions ont pour effet de « valider les élections des représentants du personnel auxdites commissions », ce qui dépasse l'habilitation accordée par la loi du 4 février 1960 qui ne conférait pas au Gouvernement « le pouvoir de soustraire certains actes administratifs à tout contrôle juridictionnel en en prononçant la validation ».

Il faut ajouter, pour bien comprendre la portée de cette annulation, que les élections aux commissions paritaires avaient eu lieu, en 1959, au scrutin majoritaire, en vertu d'un règlement d'administration publique de 1955, qui dérogeait en cela au principe de la représentation proportionnelle énoncé par le statut général de la Fonction publique. Mais ces dispositions du règlement relatives

(41) S. 1963 p. 63, note précitée.

au mode de scrutin avaient été annulées par le Conseil d'Etat (42). Dans l'arrêt du 24 novembre 1961, celui-ci n'a pas estimé qu'il y avait, dans les dispositions litigieuses de l'ordonnance, violation de la chose jugée, puisque seul le règlement servant de base aux élections avait été annulé et non ces élections elles-mêmes, mais il a affirmé par là-même d'une manière implicite que les ordonnances de l'article 38 doivent respecter l'autorité de la chose jugée. En l'absence d'une stipulation expresse contraire, la loi d'habilitation ne permet pas à l'administration de se soustraire à une décision de justice. C'est donc une limitation importante que reçoit la délégation parlementaire : elle procède de cette démarche intellectuelle du juge que l'on tente de dégager depuis le début de cette étude, et qui consiste à interpréter strictement les dispositions d'une loi contraires à une liberté publique (et l'autorité de la chose jugée en est une, dans la mesure où elle constitue un élément de la sécurité des relations entre individus, ou entre individus et administration). Il est certain, en effet, que l'inexécution ou la violation manifeste d'une décision de justice, par la prise de mesures allant dans le même sens que celles qui ont été censurées par le juge, peut porter grand tort aux libertés, lorsque le pouvoir gouvernemental agit dans un but aussi vaste et aussi vague que celui du « maintien de l'ordre ».

Si en l'espèce, il n'y a pas eu, pour le Conseil d'Etat, violation de l'autorité de la chose jugée, il y a eu, par contre, atteinte au principe selon lequel les actes de l'Administration ne peuvent être soustraits au contrôle juridictionnel, car le maintien en l'état de la composition des commissions avait « pour objet et pour effet de valider les élections des représentants du personnel aux dites commissions ». Là encore, on retrouve le raisonnement suivi dans l'arrêt « Ministre de l'Agriculture contre dame Lamotte » (43) : en l'absence d'une disposition contraire, le juge interprète la volonté du législateur dans un sens favorable aux libertés ; le législateur n'a pas pu vouloir exclure la possibilité de recours juridictionnel. Entre les deux arrêts, il n'y a pas de différence de nature, mais seulement de degrés, dans leurs effets. Dans l'arrêt de 1950, c'est une loi qui en est cause : le juge l'interprète strictement ; dans celui de 1961, c'est une ordonnance : le juge l'annule, en ses

(42) C.E. 29 janvier 1960, Fédération nationale des syndicats de police de France et d'Outre-Mer, Rec. p. 70 ; A.J.D.A. 1960.I.45, chr. Combarrous et Galabert, et A.J.D.A. 1960.II.208, note V. S.

(43) Cf. *supra* : C.E. 17 février 1950, Rec. p. 110 ; R.D.P. 1951 p. 478, concl. Delvolvé, note Waline.

dispositions viciées. Dans l'arrêt « dame Lamotte » la loi excluait « tout recours », administratif ou judiciaire : le juge déclare qu'elle n'a pas exclu le recours pour excès de pouvoir ; dans l'arrêt « Fédération nationale des syndicats de police », l'ordonnance ne mentionnait pas cette restriction : à plus forte raison le juge pouvait-il conclure que la possibilité de recours contentieux n'était pas supprimée.

Sur ce point également, on constate donc une interprétation restrictive de la loi d'habilitation, puisque si les dispositions de l'ordonnance validant les élections excèdent l'habilitation accordée par le législateur, c'est que ce dernier n'avait pas voulu conférer au gouvernement le pouvoir de soustraire certains actes à tout contrôle juridictionnel. Ceci confirme la nature réglementaire des ordonnances puisque celles-ci, non seulement sont soumises au contrôle du juge, mais encore ne peuvent soustraire des actes administratifs à ce contrôle. Seule la loi peut valider des actes et supprimer la possibilité de recours.

Il reste que c'est pour violation d'un principe général du droit que l'annulation de la disposition litigieuse est intervenue. Peut-on en conclure que les ordonnances de l'article 38 sont soumises aux principes généraux du droit dans leur ensemble ? M. Fromont penche en faveur de cette subordination et, par suite, accorde aux principes généraux du droit valeur constitutionnelle (44). M. Hamon ne va pas si loin, car, pour lui, on ne pourrait aboutir à semblable conclusion que si le Conseil d'Etat, malgré une loi de délégation permettant expressément la suppression des voies de recours en justice, annulait les dispositions d'une ordonnance pour violation des principes généraux du droit. Or, cette mention expresse ne figure pas dans la loi, ni celle des principes généraux du droit dans le texte de l'arrêt. Mais au fond la recherche d'un élément de subordination importe peu : ce qui compte, c'est de savoir si le législateur a voulu ou non exclure les principes généraux du droit, dans la loi d'habilitation. Le législateur, qui peut porter atteinte aux principes généraux, peut habiliter le pouvoir réglementaire à les violer. Tout dépend donc de la volonté du législateur et c'est dans cette recherche que se trouve l'apport positif du juge, puisqu'il interprète restrictivement les termes de la loi d'habilitation. Dans la recherche de l'objet de l'habilitation, les principes généraux, qu'on les considère comme une norme supérieure ou comme de simples directives, influent dans le sens d'une interpré-

(44) Note précitée, D. 1962 p. 429 : « Les ordonnances sont régulières quand elles sont conformes aux règles ayant valeur constitutionnelle et notamment aux principes généraux du droit. »

tation étroite, et c'est en cela que le juge exerce un contrôle effectif sur les ordonnances.

C. — Cette constatation est d'autant plus remarquable que traditionnellement, le contrôle juridictionnel n'est jamais très rigoureux à l'égard des mesures gouvernementales prises dans le cadre de délégations parlementaires. Bien des exemples prouvent que le Conseil d'Etat interprète largement l'objet de la délégation, vérifiant seulement la conformité de l'acte de délégation aux conditions et modalités qu'énonce la loi d'habilitation, en particulier les conditions de forme et de délai, mais se refusant à en contrôler l'opportunité et la pertinence. C'est ainsi que « la limitation des dimensions, des poids et des chargements des véhicules autorisés à circuler sur les voies publiques est de nature à entraîner une diminution des frais d'entretien de ces voies et par là-même, des crédits ouverts dans le budget de l'Etat », ce qui est conforme aux dispositions de la loi du 28 février 1934 qui autorisait le Gouvernement à prendre par décret « les mesures d'économie qu'exige l'équilibre du budget » (45).

De même, une mesure ayant pour objet la suppression de commissions cantonales de dommages de guerre n'excédait pas le champ d'application d'une loi qui autorisait le Gouvernement à prendre des mesures d'économie, puisque la suppression de ces organismes entraînait du même coup la disparition des frais de gestion et de fonctionnement (46). De même encore, les mesures de délégation de professeurs licenciés dans les départements d'Outre-Mer ne sont pas étrangères à « l'élévation du niveau de vie » dans ces pays, objet de la délégation consentie par la loi du 14 août 1954, car ces mesures visaient à « remédier à des difficultés particulières de recrutement de nature à compromettre le fonctionnement normal des établissements d'enseignement du second degré de ces départements » (47). De son côté la Chambre criminelle de la Cour de cassation a reconnu la légalité d'un décret prévoyant la peine de mort pour espionnage en temps de paix parce que cette mesure contribuait à la défense du franc ! (48)

C'est dire que le juge reconnaît à l'autorité gouvernementale le pouvoir de prendre toutes les mesures qui sont en germe dans

(45) C.E. 25 juin 1937, Union des véhicules industriels, Rec. p. 619 ; S. 1937.3.97, note P. de F. R. ; D.P. 1937.3.33. note Rolland ; R.D.P. 1937 p. 501, concl. Renaudin, note Jèze.

(46) C.E. 10 février 1950, Rec. p. 100, concl. Chenot.

(47) C.E. 12 juin 1959, Rec. p. 359, Girault et Syndicat national de l'enseignement secondaire.

(48) Cass. Crim. 22 février 1939, S. 1940.1.1, note Mestre.

la loi d'habilitation, tout ce qu'elle contient implicitement. C'est pour cela qu'il a admis également qu'une subdélégation de pouvoir était légale lorsque l'autorité délégante fixait le cadre dans lequel pourraient s'exercer les pouvoirs subdélégés (49).

Tout est fonction de cas d'espèce, c'est-à-dire de la recherche, en chaque cas particulier, de l'objet et du but de l'habilitation, et il est certain que si les termes de la loi d'habilitation sont très larges et très généraux, surtout si elle se borne à énoncer un but à atteindre, le contrôle se trouvera matériellement paralysé et se limitera à un aspect formel. L'arrêt « Damiani » le prouve (50), de même qu'un arrêt du 27 mai 1960 « Lagaillarde » (51). L'article 5 de la loi du 16 mars 1956 conférait au Gouvernement, en Algérie, « les pouvoirs les plus étendus pour prendre toute mesure exceptionnelle commandée par les circonstances en vue du rétablissement de l'ordre, de la protection des personnes et des biens et de la sauvegarde du territoire ». La généralité des termes revenait, en définitive, à faire du pouvoir exécutif le gardien des libertés publiques en Algérie, et le Conseil d'Etat le constate, affirmant que cette disposition législative autorisait le Gouvernement « à prendre en Algérie, toutes les mesures nécessaires » à la condition que par leur nature, elles aient pour objet le rétablissement de l'ordre, la protection des personnes et des biens et la sauvegarde du territoire, et qu'elles soient arrêtées par décret pris en Conseil des ministres, au cas où elles auraient pour effet de modifier la législation.

L'expression « les pouvoirs les plus étendus » a été interprétée largement par le Conseil d'Etat, qui ne pouvait contrôler que la légalité externe et le but des mesures prises en vertu de la loi

(49) Cf. arrêté précité, C.E. 27 décembre 1938, Amicale des anciens combattants des chemins de fer, D.P. 1939.3.57 note L. Rolland, S. 1939.3.33 note P. L., dans lequel le Conseil d'Etat annulait deux décrets qui « ne fixaient en aucune manière les principes d'une réforme des conditions d'attribution de la carte et de la retraite du combattant », mais décidaient seulement « que ces conditions d'attribution, auparavant fixées par la loi ou des règlements d'administration publique, pouvaient être modifiées désormais par des décrets simples ou par des arrêtés interministériels ». Voir également C.E. 16 mars 1956, Garrigou, Rec. p. 121, D. 1956 p. 253 concl. Laurent, A.J.D.A. 1956.II.199 note J. A. et II.220 chr. Fournier et Braibant. Dans le même arrêt, le Conseil d'Etat annule une disposition d'un décret-loi ayant un caractère rétroactif (cf. C.E. 2 février 1959, Metge, Rec. p. 39, D. 1959 p. 92 concl. Fournier). Voir également C.E. 7 mars 1958, Confédération nationale des associations de sinistrés, Rec. p. 152 ; C.E. 2 juillet 1958, Fédération nationale des associations de sinistrés, Rec. p. 407 ; C.E. 15 juillet 1958, Dain, Rec. p. 459 ; C.E. 2 décembre 1960, Union des voies ferrées, Rec. p. 655.

(50) Précité : C.E. 3 novembre 1961, Rec. p. 607 ; S. 1962 p. 61.

(51) Rec. p. 369 ; A.J.D.A. 1960.I.101, chr. Combarous et Galabert.

de pleins pouvoirs. Il considère que l'enregistrement de la candidature ou l'élection d'un candidat inculpé d'un crime ou délit contre la sûreté de l'Etat « pourrait, dans les circonstances où des consultations électorales doivent avoir lieu en Algérie, être de nature à constituer une menace pour l'ordre public ». Cette seule éventualité a suffi à légitimer la mise en vigueur des mesures exceptionnelles prévues par la loi du 16 mars 1956. La généralité de la formule de délégation autant que la situation particulière de l'Algérie ont conduit le juge à ne pas censurer une atteinte à un principe aussi fondamental que la présomption d'innocence en faveur de tout inculpé. Dans un arrêt « Zaquin » du 7 mars 1958 (52), il a admis que le gouverneur général pouvait en application du décret du 17 mars 1956, édicter des mesures privatives de liberté à l'encontre d'individus dangereux pour l'ordre public ; de même, il reconnaît la légalité du décret du 19 janvier 1955 qui conférait au ministre résident le pouvoir de prononcer la suspension du paiement des arrérages de toutes pensions civiles ou militaires à l'encontre des individus qualifiés de dangereux pour l'ordre public (53) ; dans un arrêt du 13 novembre 1964, « sieur Starile » (54), il admet la légalité du décret du 18 mars 1962 instituant des cours martiales à Alger et Oran, intervenu en application de la loi du 16 mars 1956 modifiée, donnant les pouvoirs les plus étendus au Gouvernement pour rétablir l'ordre en Algérie et qui, pris en Conseil des ministres, a pu légalement « déroger à une disposition législative en vigueur et à certains principes généraux du droit » (55).

Mais il faut reconnaître que la position du juge est extrêmement délicate car d'une part, à l'époque, le climat dans lequel il se prononçait était sensibilisé à l'extrême et d'autre part, il devait apprécier chaque fois des situations de fait, car la légalité des décisions soumises à son contrôle dépendait en grande partie de leur opportunité. Outre qu'il n'y est pas porté par nature, le juge pouvait difficilement apprécier les risques de telle ou telle situation de fait, d'autant plus que l'octroi au Gouvernement des « pouvoirs les plus étendus » lui interdisait tout contrôle sur le plan matériel.

(52) Rec. p. 150.

(53) C.E. 12 juillet 1957, Union générale des fédérations de fonctionnaires, Rec. p. 469.

(54) Rec. p. 530.

(55) Cf. à ce propos l'arrêt du 7 février 1958, « Syndicat des propriétaires de forêts de chênes-liège d'Algérie », Rec. p. 74, A.J.D.A. 1958.II.130 concl. Grévisse, qui reconnaissait déjà que la loi du 16 mars 1956 « autorisait le Gouvernement à déroger tant à des dispositions de lois expresses qu'à des principes généraux du droit ayant valeur législative ».

De telles délégations de la part du pouvoir législatif ont beaucoup contribué à ce que le Conseil d'Etat ne puisse se montrer très rigoureux dans la censure, mais il ne faudrait pas en conclure que son contrôle est platonique ou purement formel. La possibilité de recours existe toujours, et le juge se réserve dans chaque cas de confronter les mesures prises avec l'objet de la loi d'habilitation. Même lorsque celui-ci est très vague et très général, il pourra fonder l'annulation d'une mesure qui lui était manifestement étrangère. Ainsi, dans un arrêt du 19 février 1960 « Fédération algérienne des syndicats de défense des irrigants » (56), le Conseil d'Etat a annulé le transfert de compétence des tribunaux judiciaires aux tribunaux administratifs en ce qui concerne le contentieux des expropriations réalisé par un décret pris en vertu de l'article 1^{er} de la loi du 16 mars 1956.

Même lorsque l'habilitation est très large, le juge peut tout de même être saisi et censurer les excès flagrants, ainsi que parfois la méconnaissance de certains principes fondamentaux, tels que l'autorité de la chose jugée ou l'existence de recours juridictionnels contre les actes des autorités administratives. Il existe donc des limites à l'action administrative, variables, selon l'objet de la loi d'habilitation et selon les circonstances, et dont il appartient au juge de tracer les contours.

Au reste, pour être persuadé de l'action positive du juge en cette matière, il n'est que de consulter la jurisprudence de ces dernières années. De 1956 à 1964 inclus, on relève en parcourant le Recueil Lebon, 93 décisions rendues par le juge administratif à propos de la légalité de décrets pris sur habilitation législative, parmi lesquelles 63 de rejet et 30 d'annulation, totale ou partielle, c'est-à-dire environ le tiers. Voilà qui prouve bien l'effectivité du contrôle juridictionnel, effectivité qui est également de mise si on considère celui-ci à la lumière des autres situations dans lesquelles le pouvoir réglementaire reçoit une extension accrue.

Par. 2. - Le contrôle des autres « ordonnances » visées par la Constitution et des « décisions » prises en application de l'article 16.

§ 1. Les ordonnances prises en vertu d'une loi référendaire.

Les tendances libérales que l'on vient de dégager à propos du pouvoir réglementaire normal et des ordonnances de l'article 38,

se vérifient également en ce qui regarde les ordonnances prises en vertu d'une loi adoptée par référendum, selon la procédure de l'article 11 de la Constitution.

Sur le point de savoir si les citoyens peuvent, par la voie du référendum, consentir directement au Gouvernement une délégation sur des matières faisant normalement partie du domaine législatif, la Constitution est muette : l'article 38 ne fait état que de l'autorisation du Parlement. Juridiquement, on pourrait se demander si cette délégation est inconstitutionnelle, ou si l'article 38 doit être interprété comme comprenant la réserve de l'article 11. Mais en fait, en l'état actuel des choses, il s'agit d'une question qui ne peut être résolue, car l'on ne peut que constater, d'une part, que par deux fois, des lois adoptées par référendum ont accordé une délégation au Gouvernement et d'autre part, que le problème de la régularité de cette délégation ne peut être soumis ni au Conseil d'Etat, qui se refuse à juger de la constitutionnalité des lois, ni au Conseil Constitutionnel qui a une compétence d'attribution et se reconnaît incompétent lorsqu'il est saisi d'un recours contre une loi votée par référendum (57).

Puisque donc la délégation législative accordée par le peuple existe, quelle est la nature juridique des mesures prises dans le cadre de cette délégation ? Certaines ressemblances avec les ordonnances de l'article 38 feraient pencher en faveur de la nature réglementaire, car les unes et les autres interviennent dans le cadre de l'exécution de la politique gouvernementale au sens large, sont enfermées dans certains délais, et visent à permettre l'édiction de mesures portant sur le domaine législatif. Mais là s'arrêtent les ressemblances, car les mesures prises sur la base de la loi du 13 avril 1962, adoptée par référendum, sont qualifiées de « mesures législatives », alors que les ordonnances de l'article 38 ne comportent pas de qualification juridique (elles sont « normalement du domaine de la loi »). Par ailleurs, alors que les ordonnances de l'article 38 sont soumises à ratification, la loi du 13 avril 1962 ne prévoit rien à ce sujet : c'est là un argument essentiel en faveur de la nature législative des décisions prises sur sa base. « Cette nécessité de la ratification législative marque bien que les mesures qui sont prises par extension de la compétence normale du Gouvernement n'ont point en elles-mêmes valeur législative » (58). Enfin,

(57) Décision du 6 novembre 1962, D. 1963 p. 398, note L. Hamon.

(58) G. VEDEL, note sous Cass. Crim. 28 mai 1959, Bouazza Ahmed, J.C.P. 1959.II.11152.

les ordonnances de l'article 38 ont un régime juridique défini par la Constitution, laquelle au contraire laisse à l'écart les ordonnances prises en vertu d'une loi votée par référendum, si bien que c'est dans cette loi qu'on doit chercher leur vraie nature.

Nature réglementaire ou nature législative ? A dire vrai, l'importance du problème dépasse ces considérations théoriques, et se situe au niveau des conséquences qui s'attachent à la solution retenue et influent directement sur le respect des libertés publiques. Opter en faveur de leur nature législative, c'est reconnaître que le pouvoir législatif est transféré au Gouvernement : or, puisque ce pouvoir législatif s'exerce en des matières qui concernent en grande partie les libertés, on instituerait par là-même le pouvoir gouvernemental protecteur des libertés publiques, ce qui méconnaîtrait la raison d'être de l'article 34, laquelle est de soustraire les matières les plus importantes (et donc les libertés) au champ d'action du pouvoir exécutif, pour les confier, dans un souci de plus grande protection, au législateur. Si, par contre, on admet leur nature réglementaire, on les assimile pratiquement aux ordonnances de l'article 38 ; le contrôle juridictionnel devient possible et le juge appréciera dans quelle mesure elles entrent dans l'objet de l'habilitation accordée par le législateur, en l'occurrence le peuple.

Tel est le problème qui s'est posé au Conseil d'Etat, et si l'opinion publique ainsi que les gouvernants avaient été mieux au fait des tendances jurisprudentielles dégagées depuis le début de cette étude, nul doute que leur surprise et leur réaction eussent été moins vives, au lendemain de l'arrêt « Canal ». Mais à toute chose malheur peut être profitable, et la bombe qui éclatait ce jour-là éclairait d'un jour nouveau, en se consumant aux quatre coins du pays, la vénérable juridiction du Palais-Royal.

L'article 2 de la loi du 13 avril 1962, adoptée par le référendum du 8 avril, disposait que « jusqu'à la mise en place de l'organisation politique nouvelle éventuellement issue de l'autodétermination des populations algériennes, le Président de la République peut arrêter, par voie d'ordonnances ou, selon le cas, de décrets pris en Conseil des ministres, toutes mesures législatives ou réglementaires relatives à l'application des déclarations gouvernementales du 19 mars 1962 ». En application de ce texte, le Président de la République instituait par une ordonnance du 1^{er} juin 1962 une Cour militaire de justice, chargée de juger les auteurs et les complices de certaines infractions commises en relation avec les événements d'Algérie. C'est cette ordonnance que le Conseil d'Etat a annulée

dans l'arrêt du 19 octobre 1962 « Sieurs Canal, Robin et Godot » (59).

Le Conseil d'Etat devait tout d'abord noter que le texte de la loi du 13 avril 1962 « a eu pour objet, non d'habiliter le Président de la République à exercer le pouvoir législatif lui-même, mais seulement de l'autoriser à user exceptionnellement, dans le cadre et les limites qui y sont précisées, de son pouvoir réglementaire pour prendre, par ordonnances, des mesures qui normalement relèvent du domaine de la loi ». C'est donc en termes très nets qu'il affirme la nature réglementaire des ordonnances prises en vertu de la loi du 13 avril 1962, et les assimile à celles de l'article 38 de la Constitution (les termes « mesures normalement du domaine de la loi » figurant dans l'arrêt, sont repris *in extenso* du texte constitutionnel).

C'est toujours le même raisonnement qui est suivi par le juge : pour lui, la loi est présumée favorable aux libertés publiques, et c'est pour cela que la Constitution a placé dans le domaine législatif les matières les plus importantes. Par conséquent, les mesures contraires à cette présomption sont interprétées strictement et le juge, pour en tenir compte, exige que la loi les énumère expressément. Les termes de la loi étaient pourtant très nets, en particulier dans le parallélisme entre « ordonnances » et « mesures législatives » d'une part, « décrets » et « mesures réglementaires » de l'autre. Mais le Conseil d'Etat, constatant que la Constitution n'a rien prévu sur la délégation du pouvoir législatif, par référendum, au Président de la République, et que la loi du 13 avril 1962 n'est pas parfaitement explicite sur la qualification juridique des ordonnances, interprète strictement l'habilitation et la considère comme une simple extension du pouvoir réglementaire, et non comme une délégation du pouvoir législatif. De cette manière, il entend respecter l'esprit de la Constitution et protéger efficacement les libertés.

Ce même souci allait pousser le Conseil d'Etat à plus de hardiesse encore dans l'examen du fond de l'affaire, c'est-à-dire du moyen tiré de la violation, par l'ordonnance, des principes généraux du droit, et plus précisément des principes généraux du droit pénal, par la procédure prévue et l'exclusion de toute voie de recours. Là encore, la démarche du juge est significative : il doit rechercher si la violation des principes généraux du droit par

(59) Rec. p. 552 ; S. 1963 p. 32 ; A.J.D.A. 1962 p. 612 note A. de Laubadère ; J.C.P. 1963.II.13068 note Debbasch ; R.A. 1962 p. 626 note Liet-Veaux.

L'Exécutif était contenue dans les termes et dans l'objet de la loi d'habilitation. Or, la violation des principes généraux est une atteinte aux libertés publiques (puisque leur création répond au désir d'assurer la sauvegarde des droits individuels des citoyens). Donc la loi d'habilitation sera interprétée strictement ; en l'absence d'une disposition expresse et explicite de la loi, le juge considère que la violation n'est pas autorisée. Cette démarche intellectuelle qui se rapproche du syllogisme, se vérifie parfaitement dans l'arrêt « Canal ».

Le Conseil d'Etat reconnaît d'abord la portée très large de l'habilitation accordée au Président de la République par la loi du 13 avril 1962, notant que l'article 2 a donné à ce dernier « de très larges pouvoirs en vue de prendre toutes mesures législatives en rapport avec les déclarations gouvernementales du 19 mars 1962 relatives à l'Algérie », et admettant que ces mesures « pouvaient comporter, notamment l'institution d'une juridiction spéciale chargée de juger les auteurs des délits et des infractions commis en relation avec les événements d'Algérie ». Cette création concerne un « ordre de juridiction » dont parle l'article 34 de la Constitution, mais comme la délégation a pour effet le transfert de matières législatives, le Président de la République peut fort bien, de ce fait, créer un « nouvel ordre de juridiction », à la condition cependant que cette création soit en rapport avec les déclarations gouvernementales du 19 mars 1962. D'où la nécessité par le Conseil d'Etat de contrôler l'existence de ce rapport. Mais il va plus loin, en ce sens que ce n'est pas seulement l'existence de la juridiction qu'il rapproche de l'objet de l'habilitation, mais aussi son organisation et son fonctionnement. Là se manifeste vraiment son souci de protéger la liberté individuelle, car ce n'est pas de l'existence de la juridiction que pourront souffrir ceux qui y seront soumis, mais bien de son organisation et de son fonctionnement. C'est en portant son contrôle jusque dans les détails d'application pratique que le juge garantira réellement la liberté.

Or, pour le Conseil d'Etat, « l'organisation et le fonctionnement d'une telle juridiction ne pouvaient légalement porter atteinte aux droits et garanties essentielles de la défense que dans la mesure où, compte tenu des circonstances de l'époque, il était indispensable de le faire pour assurer l'application des déclarations gouvernementales du 19 mars 1962 ». Ayant affirmé ce principe, il l'applique ensuite au cas d'espèce et déclare qu'« il ne résulte pas de l'instruction que, eu égard à l'importance et à la gravité des atteintes que l'ordonnance attaquée apporte aux principes généraux du droit pénal, en ce qui concerne notamment la procédure

qui y est prévue et l'exclusion de toute voie de recours, la création d'une telle juridiction d'exception fût nécessitée par l'application des déclarations gouvernementales du 19 mars 1962 ».

Ainsi, la Haute Juridiction devait apprécier si la violation des principes généraux entraînait ou non dans l'objet de l'habilitation, lequel était d'autoriser le Président de la République à prendre des ordonnances dans un but déterminé. Aussi le juge a-t-il examiné si la violation des principes généraux était nécessaire pour que le but défini par la loi d'habilitation puisse être atteint. En l'espèce, il disposait d'une grande marge d'appréciation, puisque ce but était défini d'une manière assez vague : dans ces conditions, en estimant qu'une telle violation n'était pas nécessaire, même compte tenu des circonstances de l'époque, il a affirmé par là-même l'importance de principes aussi fondamentaux pour l'individu que celui des droits de la défense.

Par conséquent, dans son interprétation, le juge tend à assurer le respect des droits et libertés individuels et on constate une extension effective au domaine des ordonnances de la jurisprudence relative aux mesures de police et illustrée par l'arrêt Benjamin (60). Dans l'un et l'autre cas, le juge, ainsi qu'on le reverra, n'apprécie la nécessité et l'opportunité d'une décision que dans la mesure où elles sont une condition de sa légalité. Encore faut-il souligner que par « opportunité de la décision » il faut entendre non l'opportunité de la création et de l'existence de la Cour de Justice, mais celle de son fonctionnement et en particulier l'opportunité des règles portant atteinte aux droits de la défense.

C'est sur ce point précis qu'il y a eu, semble-t-il, méprise au sein de l'opinion publique et du Gouvernement lui-même, car la rédaction de l'arrêt et le résultat obtenu prêtaient tout à la fois à malentendu. Par « création d'une telle juridiction d'exception » et surtout, par le qualificatif « telle », qui implique inévitablement un jugement de valeur, l'opinion publique, sensibilisée par le contexte politique de l'époque, a cru comprendre qu'il s'agissait d'une appréciation des exigences de fait qui avaient conduit à l'instauration de cette juridiction pénale d'exception. En réalité, ce n'est pas la création ni l'existence de la juridiction que le Conseil d'Etat mettait en cause, ni même ses règles en elles-mêmes, mais ses règles au regard des principes généraux du droit. En procédant à cette comparaison, il a constaté que certaines dispositions portaient atteinte aux principes généraux, et c'est pour cette seule raison qu'il a déclaré l'ordonnance illégale.

(60) Précité : C.E. 19 mai 1933.

Mais alors, pourquoi le juge ne s'est-il pas contenté d'annuler les seules dispositions litigieuses, au lieu de prendre une mesure aussi radicale que l'annulation de l'ordonnance tout entière ? Parce que la procédure prévue et l'exclusion de toute voie de recours étaient caractéristiques de la « juridiction d'exception » que le Président de la République avait créée. Le caractère exceptionnel, tenait, quant aux règles, à l'atteinte aux principes fondamentaux, et par la sanction à cette atteinte, c'est la juridiction elle-même qui se trouvait tout entière illégale. On trouve là une preuve certaine de l'importance de principes tels que celui du respect des droits de la défense, ou du droit aux voies de recours, qui fondent à eux seuls l'annulation d'une juridiction. Autrement dit, le juge fait prévaloir son souci de défendre les libertés essentielles et fondamentales contre toute violation, surtout dans le fonctionnement d'une juridiction, même « compte tenu des circonstances de l'époque ».

Cette réserve a été également à l'origine d'une confusion car elle ne signifiait nullement que le Conseil d'Etat appréciait l'adaptation aux circonstances de fait de la création de la Cour de Justice ; elle entraînait simplement dans le cadre de l'examen de la « nécessité » de la mesure pour atteindre le but fixé dans l'ordonnance, cette nécessité ne pouvant être appréciée vraiment que par rapport aux circonstances. On voit donc que c'est dans un souci de parfaite objectivité que le juge a voulu tenir compte de tous les éléments, même des circonstances de fait, pour juger de l'adéquation des mesures prises à la règle de droit. Il n'a fait ici qu'appliquer la théorie des circonstances exceptionnelles qui l'amène à admettre la régularité de mesures qui, en temps normal, seraient illégales, mais qui trouvent une excuse dans le caractère exceptionnel des circonstances. Dans chaque cas, il examine la portée et l'influence des circonstances sur la mesure incriminée, pour apprécier si elles pouvaient la justifier, et donc, couvrir l'irrégularité dont elle est entachée. « Cet examen des circonstances de fait et de leur portée, c'est l'inévitable et nécessaire contrepartie de ce qu'a d'exorbitant l'excuse des circonstances exceptionnelles » (61). L'application de la loi du 16 mars 1956, relative aux pouvoirs spéciaux en Algérie, illustre déjà, au moins implicitement, cette théorie (62). L'arrêt « Canal » en est une illustration explicite, mais dans l'autre sens, et le Conseil d'Etat affirme que les circonstances exceptionnelles ne permettent pas de porter n'importe quelle atteinte à la léga-

(61) A. DE LAUBADÈRE, note précitée, A.J.D.A. 1962 p. 614.

(62) Arrêts « Syndicat des propriétaires de forêts de chênes-liège d'Algérie » (7 février 1958) et « Lagaillarde » (27 mai 1960), précités.

lité : en l'occurrence, elles ne justifiaient pas la procédure prévue devant la Cour de Justice ni l'exclusion de toute voie de recours.

Au fond, on pourrait presque dire que c'est l'honnêteté du Conseil d'Etat, sa probité intellectuelle ou, si l'on préfère, sa conscience professionnelle, qui ont conduit ici à voir sa décision demeurer lettre morte. Car il aurait pu se borner à constater que les dispositions litigieuses portaient atteinte à des principes fondamentaux et annuler l'ordonnance comme dépassant l'objet de l'habilitation. Mais il a voulu aller plus loin dans sa recherche de la volonté du législateur et, dans un deuxième stade de réflexion, il s'est demandé si le législateur (le peuple) n'avait pas consenti la délégation en fonction des circonstances et donc si, malgré tout, les circonstances ne pouvaient couvrir l'irrégularité. Là aussi, son souci de défendre les droits individuels l'a poussé à conclure par la négative. Ce faisant, il ne faisait qu'appliquer la jurisprudence traditionnelle du contrôle de la légalité par l'examen des faits, lorsque ceux-ci conditionnent le droit. Pourtant, en allant aussi loin dans la minutie et dans la profondeur du raisonnement, il a donné, certes, une valeur accrue aux libertés et aux principes fondamentaux, mais il a également prêté le flanc à la critique par la confusion qui s'en est suivie dans les termes et dans la rédaction de l'arrêt (63).

Car, quelque gré que l'on sache au Conseil d'Etat d'avoir tenu à examiner tous les aspects du problème pour se prononcer, il faut avouer que le résultat final, savoir l'annulation de l'ordonnance instituant une Cour militaire de Justice, était exactement le même que celui auquel aurait pu aboutir l'appréciation de l'opportunité politique de sa création. L'opinion publique, peu embarrassée de subtilités juridiques, ne s'y est pas trompée, et, fort de son appui, le Gouvernement n'a eu aucune peine à faire valider l'ordonnance annulée, en faisant voter par le Parlement, la loi n° 63-23 du 15 janvier 1963 (64) relative à la Cour de sûreté de l'Etat dont l'article 50, libellé en termes très nets et très généraux à la fois, dispose que « les ordonnances prises en vertu de l'article 2 de la loi n° 62-421 du 13 avril 1962 ont et conservent force de loi à compter de leur publication ».

Ainsi, moins de trois mois après qu'elle fût rendue, le législateur faisait échec à la décision du Conseil d'Etat : les ordon-

(63) M. de Laubadère parle même de « certaines déficiences » dans la rédaction de l'arrêt, note précitée p. 614.

(64) J.O. du 16 janvier 1963.

nances prises en vertu de la loi du 13 avril 1962 votée par référendum sont de nature législative. L'arrêt « Canal » se voyait enlever tout effet pratique, et le juge n'avait plus qu'à s'incliner ; dans un arrêt du 2 décembre 1964 « De Bonnechose » (65), après avoir rappelé le texte de l'article 50 de la loi du 15 janvier 1963, le Conseil d'Etat a déclaré « qu'il résulte de la généralité des termes desdites dispositions qu'elles ont eu pour effet de valider toutes les ordonnances, quel que soit leur objet, prises en vertu de l'article 2 de la loi n° 62-421 du 13 avril 1962 ». Le problème était donc résolu.

Mais, bien que la loi ait obligé le juge à s'incliner, il n'en est pas moins vrai que l'arrêt « Canal » est une illustration très nette de la tendance à l'extension du contrôle juridictionnel à tous les actes du pouvoir exécutif susceptibles de porter atteinte aux libertés publiques, tendance si profondément ancrée dans l'esprit du juge qu'elle s'étend non seulement à la théorie des circonstances exceptionnelles, mais même jusqu'aux décisions prises par le Président de la République en vertu de l'article 16 de la Constitution de 1958.

§ 2. *Les « décisions » prises en vertu des pouvoirs de l'article 16.*

Cette question, qui a fait l'objet de nombreuses études doctrinales (66), ne sera évoquée ici qu'aux seuls points de vue du

(65) Rec. p. 608.

(66) J. LAMARQUE : « La théorie de la nécessité et l'article 16 », R.D.P. 1961 p. 558.

— L. HAMON : « A propos de l'article 16 : quelques questions juridiques », A.J.D.A. 1961 p. 663.

— J. BARALE : « Tableau récapitulatif des mesures intervenues en vertu de l'article 16 de la Constitution de 1958 », R.D.P. 1961 p. 1249.

— G. MORANGE : « Le contrôle des décisions prises au titre de l'article 16 de la Constitution », D. 1962, chr. p. 109.

— J. LAMARQUE : « Légalité constitutionnelle et contrôle juridictionnel des actes pris en vertu de l'article 16 », J.C.P. 1962.I.1711.

— L. HAMON et Cl. EMERI : « Le Parlement et la mise en œuvre de l'article 16 », in « Vie et droit parlementaire », R.D.P. 1961 p. 1016.

— G. BERLIA : « L'application de l'article 16 de la Constitution de 1958 et les rapports entre le Parlement et le Gouvernement », R.D.P. 1961 p. 1029.

— G. BERLIA : « Le contrôle du recours à l'article 16 et de son application », R.D.P. 1962 p. 288.

— M. DUVERGER : article in « Le Monde », 5 mai 1961 : « L'article 16 et ses limites ».

— M. LEGARET : « L'article 16 », in « Revue des Deux-Mondes », 1^{er} juin 1961.

— G. STÉFANI, M. DE JUGLART, R. VOIN : « Le Monde », 17 novembre 1961, p. 4.

— Conclusions GALTOT et note R. DRAGO sous C.E. 22 avril 1966, Société Union africaine de Presse (J.C.P. 1966.II.14805).

danger que l'application de l'article 16 fait courir aux libertés publiques, et du comportement du juge face à cette menace.

a) Le danger encouru par les libertés vient de ce que l'article 16 de la Constitution établit un régime d'exception et accorde pratiquement des pouvoirs immenses au Président de la République. Or rien n'est plus grave pour les libertés que les régimes exceptionnels et la concentration des pouvoirs entre les mains d'un seul homme. Certes, l'unité du pouvoir est une tendance qui s'observe dans la plupart des Etats contemporains, mais elle ne va pas sans le maintien d'un cadre constitutionnel et juridique qui empêche, au moins théoriquement, si ce n'est effectivement, la multiplicité des excès, par l'affirmation des grands principes traditionnels (séparation des pouvoirs, des autorités...). L'article 16 au contraire, consacre constitutionnellement et institutionnalise la prise de tous les pouvoirs, en période exceptionnelle, par un seul homme. « Création originale et sans précédent dans notre droit », a dit le Commissaire du Gouvernement Henry, l'article 16 « organise le transfert, entre les mains d'un seul homme, de tous les pouvoirs de l'Etat qui sont, en régime parlementaire, normalement séparés » (67).

« Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu », le Président de la République reçoit le pouvoir de prendre seul, « les mesures exigées par ces circonstances ». Cette formule est très vague et très large à la fois, si bien que sur le plan matériel aucune limite n'est fixée au pouvoir présidentiel. Le Chef de l'Etat peut supprimer les droits et garanties individuels, porter atteinte à la sûreté individuelle, à la liberté de la presse, de l'information, de domicile, de correspondance, de réunion, voire au principe d'inamovibilité des magistrats de l'ordre judiciaire (bien que ce soit là une modification de la Constitution). Tous les domaines lui sont ouverts.

Le troisième alinéa de l'article 16 apporte cependant quelques limites aux pouvoirs présidentiels, mais également en termes généraux et impliquant, au moins pour certaines, une application subjective. C'est « dans les moindres délais » que les mesures prises doivent tendre à faciliter un fonctionnement normal des pou-

(67) Conclusions sous C.E. 2 mars 1962, Rubin de Servens.

voirs publics (mais on ne sait trop ce qu'il faut entendre par là, ni à qui sera laissée l'appréciation de la durée de ces délais); ensuite, les mesures « doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels... les moyens d'accomplir leur mission ». Comme la loi du 16 mars 1956 et plus tard celle du 4 février 1960, c'est par leur but qu'est défini le cadre des mesures prises : si celles-ci n'ont pas pour but le rétablissement du fonctionnement régulier des institutions, elles sortent du champ de l'article 16. Mais comment apprécier si des mesures sont « inspirées par la volonté » de rétablir le fonctionnement normal des institutions ? Cette expression désigne sans conteste la recherche d'une intention subjective, et l'on sait quelle difficulté il peut y avoir à s'y livrer. Enfin, ce sont les pouvoirs publics « constitutionnels » dont le fonctionnement doit être normalisé, ce qui semble indiquer que la modification du cadre même de la Constitution et donc de l'organisation des pouvoirs publics préexistants ne soit pas possible par le biais de l'article 16.

Le pouvoir du Chef de l'Etat n'est donc pas souverain ni illimité, mais le fait que ces limites soient définies très largement et, surtout, prêtent à une appréciation subjective, explique que l'on puisse s'interroger sur l'existence d'un contrôle juridictionnel à l'égard des décisions prises dans le cadre de l'article 16. En pratique, on s'en souvient, l'article 16 reçut application du 23 avril au 30 septembre 1961, à la suite du putsch militaire d'Alger du 21 avril 1961 ; les mesures qui furent prises sur sa base par le Président de la République concernaient à peu près toutes des limitations aux libertés d'une ou plusieurs catégories d'individus. La décision du 24 avril 1961 appliquait à toute personne qui, par quelque moyen que ce soit, participe à une entreprise de subversion dirigée contre les autorités et les lois de la République, ou encourage cette subversion, les mesures prévues par l'ordonnance du 7 octobre 1958 à l'encontre des personnes dangereuses pour la sécurité publique en raison de l'aide qu'elles apportent aux rebelles des départements algériens (éloignement, assignation à résidence, internement administratif). Certaines concernaient la création de juridictions militaires d'exception : Haut Tribunal militaire et tribunal militaire, auxquels pouvaient être déférés, par décrets, les auteurs et complices des crimes et délits contre la sûreté de l'Etat et contre la discipline des armées, ainsi que les infractions connexes, commis en relation avec les événements d'Algérie avant la fin de la période d'exercice des pouvoirs exceptionnels.

Diverses catégories de fonctionnaires, ou assimilés, étaient également visées par plusieurs décisions du Président de la République : c'est ainsi qu'à l'encontre des fonctionnaires publics ou des militaires participant à une entreprise de subversion étaient prévues différentes sanctions disciplinaires, telles que révocation ou destitution par décret après mise en demeure faite à l'intéressé de présenter ses observations, — cette formalité de la mise en demeure étant supprimée à l'égard de tout fonctionnaire public ou de tout militaire qui prend ou conserve sans droit un commandement civil ou militaire et se rebelle contre les autorités ou les lois de la République — perte du droit à pension, perte du grade et de tous les avantages y afférent ; pour les militaires, mise en position de congé spécial, radiation des cadres. Les magistrats en fonction dans les départements algériens pouvaient jusqu'au 1^{er} mai 1962, recevoir une affectation nouvelle ; les fonctionnaires des services actifs de police de la sûreté nationale pouvaient être, pendant six mois (délai de trois mois prorogé d'une durée égale) placés en position de congé spécial ou rayés des cadres.

Une décision du 27 avril 1961 portait atteinte à la liberté de la presse en rendant possible l'interdiction, prononcée par arrêté du Ministre de l'Intérieur ou du Ministre de l'Information, des écrits, périodiques ou non, revêtant la forme de cahiers, feuilles ou lettres de renseignement, quel que soit leur mode de diffusion, qui apportent de quelque façon que ce soit un appui à une entreprise de subversion dirigée contre les autorités ou les lois de la République, ou qui diffusent des informations secrètes d'ordre militaire ou administratif.

Enfin, outre l'éloignement, l'assignation à résidence, l'internement administratif, prévus par la décision du 24 avril 1961, les mesures les plus graves concernaient la prolongation de l'état d'urgence, celle du délai de garde à vue, porté de 5 à 15 jours, et les règles de procédure pénale exceptionnelles applicables jusqu'au 31 décembre 1961 à l'instruction préparatoire dans les affaires concernant les crimes et délits de toute nature commis en relation avec les événements survenus en Algérie ainsi que les infractions connexes.

Et, pour couronner le tout, une décision du 29 septembre 1961 prolongeait jusqu'au 15 juillet 1962 la durée d'application des dispositions les plus importantes prises au titre de l'article 16, à savoir la prorogation de l'état d'urgence, l'allongement du délai de garde à vue, l'extension des mesures d'éloignement, assignation à résidence, internement administratif, la limitation de la liberté de

la presse, les règles de procédure pénale exceptionnelles (68). Une ordonnance du 13 juillet 1962 n° 62-797, prorogeait la durée d'application de la décision du 29 septembre 1961 jusqu'au 31 mai 1963.

L'influence des décisions prises au titre de l'article 16 sur l'exercice des libertés publiques ne pouvait donc échapper à personne, et encore moins au juge, lequel voyait de surcroît avec méfiance le maintien prolongé de l'application de l'article 16, et craignait « que ces pouvoirs exceptionnels, prévus pour des circonstances exceptionnelles, tendent, une fois « institutionnalisés » — et cela est fréquent dans l'histoire des Constitutions — à devenir un procédé normal de gouvernement » (69).

b) Quel allait donc être le comportement du juge à l'égard de recours intentés contre de telles mesures ? On aurait pu concevoir tout d'abord que celles-ci fussent de même nature que les actes pris en temps normal par le Président de la République ; il ne s'agirait alors, dans l'article 16, que d'une simple extension de la compétence ordinaire du Chef de l'Etat, et non d'un changement de nature de ses pouvoirs. A l'exception de celles faisant partie des actes de gouvernement, toutes les décisions qu'il prendrait pourraient être soumises au contrôle du juge, tant dans le domaine législatif que dans le domaine réglementaire, avec application de la théorie des circonstances exceptionnelles (70). Mais une telle conception serait contraire à l'esprit même de l'article 16, qui est de prévoir l'interruption des pouvoirs publics établis et qui « ouvre une parenthèse dans l'ordre juridique normal » (71). L'article 16 crée une « dictature » temporaire — au sens romain — au profit du Président de la République, création que ruinerait la reconnaissance à l'égard des décisions prises en ces circonstances d'une nature semblable à celle des actes qu'il prend lorsque les institutions fonctionnent normalement, et alors qu'il n'existe aucun péril national.

Aussi la majorité de la doctrine, en le déplorant, penchait-elle en faveur d'une seconde conception, qui respectait l'esprit de

(68) Pour une liste complète des décisions, voir J. BARALE : « Tableau récapitulatif des mesures intervenues en vertu de l'article 16 de la Constitution », R.D.P. 1961 p. 1249.

(69) Concl. J.-F. Henry, sous arrêt Rubin de Servens.

(70) En ce sens, voir R. ODENT : « Cours de contentieux administratif », Institut d'Etudes politiques 1961-1962, p. 148.

(71) G. VEDEL : « Droit administratif », p. 27.

la Constitution, et aussi son texte, l'article 16 ne faisant aucune distinction à l'intérieur des « mesures exigées par les circonstances ». Les auteurs y voyaient des actes relevant de l'exercice de pouvoirs souverains et exceptionnels, échappant pour cette raison à toute classification à l'intérieur des actes juridiques et dès lors, insusceptibles de tout contrôle juridictionnel. Telle était en particulier la position du doyen G. Vedel (72), du professeur Rivero (73), de M. Léo Hamon (74) ou du professeur Prélot (75).

C'est en ce sens que se prononça la Cour de Cassation : saisie d'un recours contre la décision du 3 mai 1961 instituant un tribunal militaire (lequel avait condamné les requérants à diverses peines, pour participation à un mouvement insurrectionnel) la Chambre criminelle, dans un arrêt du 21 août 1961 (76), se borna à constater que les conditions prévues par l'article 16 pour la mise en application dudit article et l'édition des décisions présidentielles étaient remplies et affirma « qu'en cet état, la conformité à la Constitution de la décision précitée du 3 mai 1961, et, par suite, la légalité du tribunal institué par cette décision, ne sauraient être contestées devant l'autorité judiciaire ». Ainsi, pour la Cour de Cassation, les actes nés de l'article 16, que ce soit la décision initiale de mise en œuvre ou les décisions prises pendant la durée de son application, sont soustraits à tout contrôle de la part de l'autorité judiciaire.

Saisi à son tour quelques mois plus tard d'un recours contre la même décision du Président de la République, le Conseil d'Etat, dans un arrêt célèbre du 2 mars 1962 rendu en Assemblée, « Rubin

(72) « Droit administratif », 2^e édition, p. 26.

(73) « Droit administratif », 2^e édition, p. 63 : « Les actes pris en application de l'article 16 échappent à la distinction de la loi et du règlement parce qu'ils échappent à l'ensemble des règles qui déterminent normalement la légalité... » ; l'article 16 « crée ainsi une catégorie unique, au sein de laquelle toute distinction serait arbitraire » ; ...« les mesures prises sont, par définition, étant donné leur objet et les circonstances qu'elles supposent, affranchies de toute soumission à la légalité ; dès lors, elles échappent *ipso facto* à tout contrôle juridictionnel ».

(74) « A propos de l'article 16 : quelques questions juridiques », A.J.D.A. 1961 pp. 663 et s. : le Conseil d'Etat « appliquera-t-il ici aux recours dont il a été saisi l'irrecevabilité qu'il a admise dans l'arrêt « Eky » à propos des ordonnances de l'article 92 ? Nous inclinierions pour notre part à répondre par l'affirmative... » ; « le recours formé contre les décisions présidentielles prises en vertu de l'article 16 est irrecevable ».

(75) « Institutions politiques et droit constitutionnel », Dalloz 1961 p. 650 : « Les actes du Président de la République ne sont pas susceptibles de recours contentieux lorsqu'ils sont pris en exercice de ses pouvoirs personnels, c'est-à-dire lorsqu'ils sont dispensés de tout contreseing. »

(76) Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation, chambre criminelle, p. 695.

de Servens et autres » (77), adopta une position plus nuancée et plus favorable à la protection des libertés, que l'on peut résumer en ces quelques propositions :

1). La décision de mise en œuvre de l'article 16 « présente le caractère d'un acte de Gouvernement dont il n'appartient au Conseil d'Etat ni d'apprécier la légalité ni de contrôler la durée d'application ». Seul le Président de la République peut apprécier les circonstances et décider si les deux conditions requises se trouvent remplies pour que l'article 16 soit mis en application.

Sur ce point, l'accord était unanime : « Assurément, dit le Commissaire du Gouvernement Henry, la décision même de recourir à l'article 16 échappe à votre contrôle. Mais c'est un acte qui modifie instantanément les compétences des pouvoirs constitutionnels les uns par rapport aux autres, qui intéresse donc les rapports entre l'Exécutif et le Parlement, et nous retrouvons là le domaine classique des actes de Gouvernement ». La garantie des libertés est ici confiée d'une part à la Nation, qui est informée par message de la décision prise, ce qui révèle le souci qu'a eu le Constituant de réserver le contrôle de l'opinion publique, d'autre part au Parlement, protecteur traditionnel des libertés, qui se réunit de plein droit et qui, en ce qui concerne les représentants directs du peuple, c'est-à-dire l'Assemblée Nationale, ne peut être dissous. Le Parlement pourrait toujours, en cas d'abus des pouvoirs exceptionnels, décider le renvoi du Président de la République devant la Haute Cour de Justice.

Tout cela peut apparaître assez théorique, surtout dans le cas où existe une majorité cohérente et docile, mais, comme le notait M. Henry en s'adressant aux membres du Conseil d'Etat, « tout contrôle intervenant a posteriori serait de votre part ou inutile — si la décision d'appliquer l'article 16 est conforme à la Constitution — ou dérisoire — si elle ne l'est pas : vous seriez en présence d'un coup d'Etat que le Parlement n'aurait pu éviter et il serait trop tard pour le condamner ».

2). La décision de recourir à l'article 16 a « pour effet d'habiliter le Président de la République à prendre toutes les mesures exigées par les circonstances qui l'ont motivée et, notamment, à exercer dans les matières énumérées à l'article 34 de la Constitution

(77) Rec. p. 143 ; R.D.P. 1962 p. 288, concl. Henry, note Berlia ; S. 1962 p. 147, note Bourdoncle ; J.C.P. 1962.II.12612, concl. Henry ; D. 1962, chr. p. 109 G. Morange ; A.J.D.A. 1962 p. 214, chr. Galabert et Gentot.

le pouvoir législatif et dans les matières prévues à l'article 37 le pouvoir réglementaire... ». Le Conseil d'Etat opère ainsi une distinction entre les décisions entrant dans le domaine législatif et celles se rapportant au domaine réglementaire.

Les mesures prises dans le domaine législatif — et le Conseil d'Etat constate que tel est bien le cas de la création du tribunal militaire et de la fixation des règles de procédure pénale à suivre devant le tribunal — présentent le caractère d'actes législatifs dont il n'appartient pas au juge administratif de connaître, car le Chef de l'Etat exerce alors le pouvoir législatif. C'est beaucoup plus qu'une simple extension à son profit du domaine législatif ; c'est le transfert du pouvoir législatif lui-même qui lui est consenti, et le Conseil d'Etat applique ici sa jurisprudence traditionnelle, refusant de contrôler les actes de l'autorité investie du pouvoir législatif. Au surplus, là encore, la garantie des libertés est confiée au Parlement puisque celui-ci, réuni de plein droit, exerce concurremment le pouvoir législatif dans sa plénitude et rien, dit M. Henry, ne l'empêche « de discuter ni même de rapporter des décisions du Président de la République ». D'ailleurs la décision du 29 septembre 1961 reconnaît expressément la possibilité pour le Parlement d'abroger, voire même d'annuler, les décisions prises au titre de l'article 16 dans le domaine législatif. Les décisions prises dans le domaine de l'article 34 « auront nécessairement valeur législative et ne pourront donc, pour cette raison, faire l'objet d'aucun recours, seule l'existence de ces décisions pouvant être contrôlée par le Conseil d'Etat » (78).

Par contre, et cette affirmation, suite logique de la précédente, figure implicitement dans l'arrêt, et est énoncée en termes très nets par le Commissaire du Gouvernement, les mesures prises dans le domaine réglementaire pourraient se voir reconnaître le caractère d'actes réglementaires et seraient soumises, comme telles, au contrôle du juge administratif. Les décisions « intervenant dans le domaine normalement réservé par l'article 37 de la Constitution au pouvoir réglementaire, ainsi que les décisions individuelles, pourraient être soumises à votre contrôle ; et ce contrôle s'apparenterait à celui que vous exercez dans les cas où vous admettez l'existence de circonstances exceptionnelles ». De par la distinction opérée par le Conseil d'Etat entre mesures législatives et mesures réglementaires, il semble donc qu'on puisse déduire que celui-ci se jugerait compétent pour connaître des recours intentés contre des décisions

(78) Concl. Henry.

d'ordre réglementaire, qui seraient comme tous les actes administratifs, soumises au contrôle du juge.

Ainsi, c'est une solution médiane qui a été retenue par la Haute Juridiction, et l'on peut y voir une illustration supplémentaire de son désir constant de protéger l'exercice des libertés, tout en tenant compte des nécessités du moment. Après avoir pris acte du caractère exceptionnel de l'article 16, situation prévue et acceptée par le Constituant, le juge recherche si, dans ce climat d'exception, un contrôle des décisions prises au titre de l'article 16 a été prévu ; s'il n'existe pas, alors il affirme le sien.

Certes il faut reconnaître que, pour les libertés, la meilleure garantie aurait consisté en l'admission d'un contrôle juridictionnel sur la totalité des décisions prises par le Président de la République dans le cadre de l'article 16. On leur aurait alors appliqué le même raisonnement que celui dégagé à propos des ordonnances de l'article 38, et on aurait soutenu qu'il s'agissait d'une simple extension du domaine réglementaire consentie au profit d'une autorité faisant partie du pouvoir exécutif et dont les actes seraient soumis, à ce titre, au contrôle du juge. Celui-ci aurait pu vérifier, non seulement leur légalité externe, mais aussi leur conformité avec les conditions émises dans les dispositions constitutionnelles, et donc apprécier si les circonstances pouvaient justifier une atteinte aux règles normales de compétence, voire aux principes généraux du droit. En l'espèce, la décision du 3 mai 1961 aurait pu être annulée pour violation du principe de non-rétroactivité de la loi pénale et du principe de séparation de la poursuite et de l'instruction, garantie pour les inculpés. Le Commissaire du Gouvernement l'avait admis car, disait-il, « votre jurisprudence a toujours été d'une extrême rigueur à l'endroit des juridictions d'exception dont les règles de procédure étaient susceptibles de porter atteinte aux libertés publiques fondamentales » (79).

Faut-il en conclure dès lors que le juge a failli à sa mission ? Il ne le semble pas, car, tout d'abord, ainsi qu'il a été dit plus haut, l'esprit de l'article 16 est de prévoir l'hypothèse où les restrictions établies cessent brutalement de fonctionner, c'est-à-dire l'hypothèse d'une crise nationale particulièrement grave. Dans ces conditions, ce qui a trait aux situations juridiques normales ne s'applique plus, le Président de la République est « l'autorité » qui peut exercer tout aussi bien le pouvoir législatif que le pouvoir

(79) C.E. Ass. 2 février 1951, Cassagnau, Rec. p. 62 ; 11 avril 1951, Marchesson, Rec. p. 183 ; 3 mars 1961, Champsaur, Rec. tables p. 1061.

réglementaire. Ensuite, les difficultés auxquelles se serait heurté le Conseil d'Etat auraient rendu sa décision ou impossible à prendre, ou vaine, compte tenu du contexte politique. En effet, constater la violation des principes généraux du droit n'aurait pas suffi : il aurait dû rechercher également si cette violation pouvait ou non être justifiée par les circonstances, si elle était « nécessaire » au regard du trouble apporté au fonctionnement des institutions ; il aurait donc été obligé de se livrer à un contrôle de l'appréciation des circonstances faite par le Président de la République. C'était exposer une annulation éventuelle ou bien à être tournée, ou bien à demeurer lettre morte, sans compter les réactions et les remous qu'elle ne manquerait pas de susciter (toutes craintes justifiées, si l'on évoque l'arrêt « Canal », rendu quelques mois plus tard).

Enfin, et cet argument a peut-être été décisif aux yeux du Conseil d'Etat, la présence du Parlement constituait une garantie contre d'éventuelles violations des libertés par des décisions du Chef de l'Etat, au moins celles intervenant dans le domaine législatif. Le juge constate que le Parlement continue d'exercer « le pouvoir législatif dans sa plénitude » (concl. Henry) et peut soumettre à son contrôle, a posteriori, les décisions prises dans les matières entrant dans le domaine législatif. Le contrôle du Conseil d'Etat équivaldrait à une immixtion de sa part dans la compétence parlementaire : on retrouve, une fois encore, cette constatation que, pour le juge, le Parlement est présumé respecter et protéger les libertés publiques.

D'ailleurs, si l'on poursuit la démonstration, on en arrive à la distinction faite par le Conseil d'Etat au sein des décisions prises au titre de l'article 16. S'il décline sa compétence, c'est qu'il existe une autre garantie que la garantie juridictionnelle. Mais, en retournant l'argument, on peut affirmer que, lorsqu'il n'existe pas d'autre garantie, le juge se reconnaît compétent. Il n'y a plus, dès lors, qu'à appliquer ce principe et à rechercher, dans chaque cas, s'il existe une garantie. S'agissant de la décision de mise en application de l'article 16, la garantie est exercée par l'opinion publique et par le Parlement : donc, pas de recours juridictionnel possible (à cela s'ajoute, bien sûr, l'argument tiré de la modification des compétences des pouvoirs constitutionnels les uns par rapport aux autres, c'est-à-dire le jeu des rapports entre l'Exécutif et le Parlement). S'agit-il ensuite des décisions ayant le caractère d'actes législatifs, la garantie est confiée au Parlement, qui n'est pas dessaisi de sa compétence : donc là non plus pas de contrôle juridictionnel. S'agit-il, enfin, des décisions prises dans le domaine réglementaire, elles sont soumises au contrôle juridictionnel, parce

que c'est la seule garantie qui puisse s'exercer à leur endroit et qu'il n'en existe pas d'autre ; on applique ici la théorie du recours juridictionnel contre tout acte administratif, compte tenu, évidemment, des circonstances exceptionnelles.

Cela étant, le résultat de cette démarche intellectuelle n'est pas nouveau : depuis longtemps, le Conseil d'Etat avait distingué, à l'intérieur d'actes juridiques intervenus en période de concentration des pouvoirs, les actes ayant valeur législative des actes réglementaires. Comme l'ont noté MM. Galabert et Gentot (80), « cette distinction a été faite en ce qui concerne les décrets du Premier Empire (Brousse 30 juillet 1880, Leb. p. 704 ; Laudenbach 20 juillet 1928, Leb. p. 936), les décrets du Prince Président après le coup d'Etat du 2 décembre 1851 (Elections de Maisons-Alfort, 28 novembre 1873, Leb. p. 882), les décrets du Gouvernement de la Défense Nationale en 1870 (Languellier, 28 mars 1885, Leb. p. 389 avec conclusions Gomel) ».

Pour qui étudie le rôle du juge dans la protection des libertés, la démonstration fournie par l'arrêt « Rubin de Servens » permet donc de conclure dans un sens positif. En revanche, si l'on examine les conséquences pratiques de l'admission du contrôle juridictionnel sur les décisions prises en vertu de l'article 16 dans le domaine réglementaire, le bilan est loin d'être aussi satisfaisant. En effet, si l'on se reporte aux décisions prises par le Chef de l'Etat entre le 23 avril et le 30 septembre 1961, on s'aperçoit qu'elles concernent toutes des matières entrant dans le domaine de l'article 34 et ressortissant de la compétence du législateur, ce qui est normal puisqu'elles fixent, de près ou de loin, des limitations aux libertés, matière qui compose l'essentiel de l'article 34. Aucun recours n'est donc possible contre ces décisions, mais seulement contre les nombreuses mesures individuelles qui sont intervenues « en application » de décisions prises dans le cadre de l'article 16. La distinction opérée implicitement par l'arrêt « Rubin de Servens » est restée purement théorique.

De surcroît, les circonstances mêmes dans lesquelles intervient l'article 16 inciteront nécessairement le juge à une grande prudence dans la censure. En cas de péril national une seule chose compte : la défense du pays et le rétablissement du fonctionnement normal des institutions, et le juge ne peut, moins encore qu'en temps normal, redresser à lui seul la situation, au risque de voir ses décisions

(80) A.J.D.A. 1962 p. 216.

rester sans effet. C'est pourquoi, en présence d'une mesure de prime abord réglementaire portant atteinte à une disposition législative ou à un principe général du droit, il aura peut-être tendance, puisqu'elle émane d'une autorité investie à la fois du pouvoir législatif et du pouvoir réglementaire, à la déclarer non dépourvue de tout lien avec l'article 34 et à refuser d'exercer tout contrôle à son endroit. Lorsqu'une décision est prise par une autorité qui peut édicter des actes aussi bien législatifs que réglementaires, il est bien difficile au juge d'apprécier si elle concerne le domaine de l'article 34 ou celui de l'article 37, s'il s'agit de « règles » ou de « principes fondamentaux » ou bien de mesures purement réglementaires.

Néanmoins, l'originalité de la jurisprudence du Conseil d'Etat en cette matière, son refus de s'aligner sur la position logiquement restrictive d'une grande partie de la doctrine et de la Cour de Cassation montrent que la Haute Juridiction administrative est guidée avant tout par le souci d'assurer la protection des droits individuels face à des pouvoirs exceptionnels, qui par le fait même de leur prolongation tendent inévitablement à se normaliser. C'est contre l'établissement d'une Constitution parallèle, à la discrétion du Président de la République, et contre les dangers que la concentration prolongée des pouvoirs aux mains d'un seul homme faisait courir à l'exercice des libertés, qu'a voulu réagir le Conseil d'Etat. Ce n'est pas tant la mise en vigueur de l'article 16 que sa prolongation qui était dangereuse, car si sa mise en application correspondait à son but qui est de défendre les institutions, il n'en était pas de même de son maintien, dès lors que les « pouvoirs publics constitutionnels » étaient fort bien en mesure de fonctionner normalement. Comme l'a écrit le doyen Vedel, on était alors en présence d'un « détournement de Constitution ». « L'article 16 devenait ainsi, écrit-il, un moyen de tenir les organismes normalement compétents (et notamment le Parlement) hors du jeu politique. De moyen de défense des institutions, l'article 16 passait au rang de « Constitution de rechange » à la disposition discrétionnaire du Chef de l'Etat et pouvant supplanter pendant de longs mois la Constitution « officielle ». Obéissant à un réflexe normal, le Conseil d'Etat, qui aurait pu admettre la suspension complète de son contrôle sur toutes les « mesures » prises au cours d'une brève parenthèse, a au contraire essayé de sauver le maximum possible du contrôle juridictionnel dès lors que l'article 16 devenait un système permanent de « gouvernement » (81). Ce « réflexe normal », qui

(81) « Droit administratif », pp. 28-29.

le pousse à sauvegarder le maximum de son contrôle n'est autre, en définitive, que son souci permanent de s'ériger en protecteur des libertés individuelles.

c) L'arrêt « Rubin de Servens » n'est pas resté isolé et la solution qu'il dégagait a été confirmée, mot pour mot, dans deux arrêts du Conseil d'Etat en date du 13 novembre 1964 : « Ministre de l'Intérieur contre sieur Livet » (82) et « Ministre de l'Intérieur contre sieur Rocher » (83) ce qui prouve bien que la position du Conseil d'Etat est restée inchangée. En exécution d'arrêtés ministériels du 25 mars 1962 et du 20 juillet 1962, les requérants avaient été assignés à résidence au Centre de séjour de Saint-Maurice-l'Ardoise, puis à leur domicile. Or ces arrêtés étaient pris en application de la décision du 29 septembre 1961, laquelle, on s'en souvient, prolongeait jusqu'au 25 juillet 1962 la durée d'application, entre autres, de la décision du 24 avril 1961 concernant l'éloignement, l'assignation à résidence et les internements administratifs : d'où le recours intenté contre la décision du 29 septembre 1961.

Après avoir rappelé que la mise en application de l'article 16 « a eu pour effet d'habiliter (le Président de la République) à exercer, dans les matières énumérées à l'article 34 de ladite Constitution, le pouvoir législatif », le Conseil d'Etat constate que les décisions des 24 avril et 29 septembre 1961 ont trait à des matières législatives et se déclare incompétent pour en connaître :

« Considérant... que la décision du 24 avril 1961... a trait à des mesures administratives restrictives de la liberté individuelle ; qu'il s'ensuit que la décision du 29 septembre 1961 qui maintient en vigueur les dispositions de la décision du 24 avril 1961 porte sur des matières législatives et présente le caractère d'un acte législatif ; que dès lors, il n'appartient pas au juge administratif d'en connaître. »

C'est donc la reprise pure et simple des termes de l'arrêt « Rubin de Servens », et sur ce point la jurisprudence du Conseil d'Etat est bien établie [voir également C.E. 22 octobre 1965 Ministre de l'Intérieur contre Herbert (84)]. Mais, en outre, dans les arrêts du 13 novembre 1964 le Conseil d'Etat se livre au contrôle de la légalité des arrêtés du Ministre de l'Intérieur par rapport aux dé-

(82) Rec. p. 534 ; D. 1965 p. 668, note Demichel ; J.C.P. 1965.II.14286, note Langavant.

(83) A.J.D.A. 1965 p. 228.

(84) D.A. 1965 n° 378.

cisions présidentielles. Le Conseil d'Etat, refusant de vérifier l'appréciation faite par le ministre et l'opportunité de l'assignation à résidence, rejette le moyen tiré de l'inexactitude matérielle des faits, estimant que le requérant a pu légalement être assigné à résidence « en raison de son attitude et de ses fréquentations ». Le caractère exceptionnel des circonstances rejaillit sur les mesures prises et conduit le juge à interpréter largement les décisions intervenues au titre de l'article 16, ainsi que les mesures prises pour l'application de ces décisions (85). Dans un arrêt du 13 juillet 1965, « Magne de la Croix » (86), le Conseil d'Etat a considéré comme illégal un arrêté du Ministre de l'Intérieur prononçant une assignation à résidence, pour « faits matériellement inexacts ». Enfin, dans une série d'arrêts du 22 avril 1966 (87) il a poussé son contrôle sur des décisions ministérielles d'internement administratif ou de saisies de journaux jusqu'à la qualification juridique des motifs de fait, semblant consacrer, à cet égard, une certaine extension du contrôle des motifs. Il est donc bien établi que les mesures d'application ou les mesures individuelles sont soumises au contrôle du juge, et que si celui-ci se refuse à contrôler certaines décisions, c'est parce qu'elles concernent des « matières législatives », présentent le caractère d'« actes législatifs » et sont prises par une autorité habilitée à exercer le « pouvoir législatif ». Il faut la conjonction de ces éléments pour qu'un acte juridique soit soustrait au contrôle juridictionnel.

§ 3. *Les ordonnances prises en vertu de l'article 92.*

C'est pour cette raison, déjà, que le juge a refusé, précédemment, de contrôler la légalité des ordonnances prises en vertu de l'article 92 de la Constitution. Ce dernier reconnaissait au Gouvernement le droit de légiférer par voie « d'ordonnances ayant force de loi », durant la période de mise en place des institutions, et, précisait l'article 92, 3^e alinéa, « le Gouvernement pourra... pren-

(85) A rapprocher : Tribunal administratif de Paris, 13 septembre 1963, « Sieur de Crémiers », J.C.P. 1964.II.13557 note Debbasch, jugement annulant, dans une situation analogue, des décisions d'internement comme reposant pour partie sur des faits matériellement inexacts, ce qui tend à prouver que les décisions prises elles-mêmes en application de décisions présidentielles sont soumises au respect de la légalité et que le juge exerce à ce sujet un contrôle effectif.

(86) Rec. p. 461.

(87) C.E. 22 avril 1966, Société Union africaine de Presse, J.C.P.II.14805, concl. Galmot, note Drago ; C.E. 22 avril 1966, Tochou et Ministre de l'Intérieur c/ Mony, R.D.P. 1966 p. 584, concl. Galmot ; D. 1966 p. 504, note Dran ; R.A. 1966 p. 277, note Liet-Veaux.

dre en toutes matières les mesures qu'il jugera nécessaires à la vie de la Nation, à la protection des citoyens et à la sauvegarde des libertés ». Le Constituant confiait donc au Gouvernement, durant la période transitoire, la sauvegarde des libertés, ce qui revient à dire, si l'on transpose en la matière le raisonnement qu'on a essayé de vérifier depuis le début de l'étude, que la présomption de respect des libertés, qui normalement existe, dans l'esprit du juge, au profit du Parlement, représentant direct du peuple, est transférée provisoirement, au Gouvernement par le Constituant lui-même, c'est-à-dire le peuple. Rien ne s'oppose par conséquent, à ce que le Gouvernement soit considéré comme exerçant le pouvoir législatif, puisque la protection des citoyens et la sauvegarde des libertés constituent l'essentiel du domaine de la loi et que ces matières sont confiées expressément au Gouvernement.

Cet argument se trouve consolidé, sur le plan juridique, par l'affirmation, dans le texte constitutionnel, que les ordonnances ont « force de loi », ce qui veut dire que ce sont des actes législatifs et que le pouvoir accordé au Gouvernement par l'article 92 est un véritable pouvoir législatif. Tout contrôle de régularité juridique est donc exclu de la part du juge, tant du juge judiciaire (88) que du juge administratif (89). Seul est exercé un contrôle de l'existence de la mesure en tant qu'ordonnance : le juge recherchera si elle remplit les conditions qui peuvent lui donner le caractère d'ordonnance, au sens de l'article 92, c'est-à-dire si elle émane vraiment de l'autorité habilitée à exercer le pouvoir législatif (90). Le Conseil d'Etat a exercé ce contrôle sur l'existence de l'ordonnance dans l'arrêt du 1^{er} juillet 1960 : « F.N.O.S.S. et Fradin » (91) et dans celui du 27 janvier 1961 : « Daunizeau » (92). Tout contrôle n'est donc pas exclu *ipso facto* lorsqu'il s'agit d'actes législatifs émanant d'autorités investies en certaines circonstances du pouvoir législatif.

(88) Cass. Crim. 28 mai 1959, Bouazza Ahmed, J.C.P. 1959.II.11152, note Vedel.

(89) C.E. 12 février 1960, Société Eky, Rec. p. 101, S. 1960 p. 131 concl. Kahn, D. 1960 p. 263 note L'Huillier, J.C.P. 1960.II.11629 bis note Vedel ; C.E. 27 janvier 1961, Daunizeau et autres, Rec. p. 57, A.J.D.A. 1961 p. 75 chr. Galabert et Gentot.

(90) Il ne se livre à cette recherche, d'ailleurs, qu'à propos d'actes législatifs émanant d'autorités qui détiennent le pouvoir de légiférer en période exceptionnelle — cf. 22 mars 1944, Vincent, Rec. p. 417 ; C.E. 22 février 1946, Botton, p. 58 — car en temps normal, ce contrôle est exercé automatiquement par la constatation qu'il s'agit d'une loi votée par le Parlement, promulguée et publiée.

(91) Rec. p. 441, D. 1960 p. 690, concl. Braibant, note L'Huillier ; S. 1961 p. 69, concl. Braibant ; A.J.D.A. 1960 p. 152, chr. Combarnou et Galabert.

(92) Rec. p. 57, A.J.D.A. 1961 p. 75, chr. Galabert et Gentot.

CHAPITRE III

LES ACTES NON SOUMIS A CONTROLE JURIDICTIONNEL

De l'examen concernant les manifestations du pouvoir législatif et du pouvoir réglementaire, il ressort que, parmi les actes juridiques, rares sont en définitive ceux qui échappent au contrôle juridictionnel (1) : ce sont les actes concernant l'action du Parlement et ceux mettant en jeu des problèmes de droit international. Si l'on essaie d'ailleurs de déterminer les motifs de cette exclusion, on s'aperçoit qu'ils visent, dans une certaine mesure, à assurer, au moins indirectement, la protection des droits individuels en ce sens ou bien que la protection découle de l'origine et de l'existence même de l'acte (actes législatifs), ou bien que le juge, soit qu'il ne soit pas compétent, soit qu'il s'expose à voir sa sentence demeurer lettre morte, refuse de connaître du litige (actes ayant trait aux relations internationales).

Par. 1. - Actes législatifs.

On a vu pourquoi les *actes législatifs* sont soustraits à tout contrôle juridictionnel : la perfection traditionnellement reconnue à la loi par son origine et par son vote entraîne à son profit la reconnaissance d'une présomption de respect des libertés. Son but étant d'assurer leur exercice, la protection est du même coup suffisamment assurée. Mais seule échappe à tout contrôle la « loi » au sens strict, c'est-à-dire l'acte voté par le Parlement dans une forme législative, ayant trait aux matières énumérées par la Constitution,

(1) Pour une étude exhaustive des actes non soumis à contrôle juridictionnel, voir Louis FAVOREU : « Du déni de justice en droit public français », L.G.D.J. 1964, et spécialement la première partie de l'ouvrage.

promulgué et publié. Les actes législatifs émanant d'autorités autres que le Parlement, s'ils sont soustraits à tout contrôle de validité, restent soumis à un contrôle d'existence.

Par extension, l'immunité des actes législatifs est étendue aux actes parlementaires, c'est-à-dire les actes émanant d'organes parlementaires et relatifs à l'élaboration de la loi, au sens large. Mais l'ordonnance du 17 novembre 1958 portant loi organique relative au fonctionnement des assemblées parlementaires a prévu, d'une part, la responsabilité de l'Etat pour les dommages de toute nature causés par les services des assemblées parlementaires, d'autre part la compétence de la juridiction administrative à l'égard de « tous les litiges d'ordre individuel concernant les agents des services des assemblées parlementaires ». C'est donc un contrôle juridictionnel limité qui est instauré sur une catégorie d'actes qui jusqu'alors ne pouvaient faire l'objet d'aucun recours (en particulier la réparation des accidents de circulation causés par les véhicules appartenant aux assemblées est désormais possible), mais le Conseil d'Etat, semble-t-il, tend à se refuser, à l'occasion d'un litige d'ordre individuel, à examiner une requête qui l'amènerait à apprécier la légalité d'un acte parlementaire de portée générale (2).

Par. 2. - Actes dont le contentieux ne relève pas des juridictions françaises.

Echappent également à tout contrôle *les actes dont le contentieux* ne relève pas des juridictions françaises, car des problèmes de droit international se posent, dont le juge n'a pas vocation à connaître. Juridictions d'ordre interne, les juridictions françaises sont incompétentes pour connaître des litiges n'ayant pas un caractère français, c'est-à-dire relatifs à des actes accomplis par des autorités internationales ou étrangères (dommages causés en particulier par les forces allemandes d'occupation durant la guerre de 1939-1945, ou par les forces armées alliées), ou émanant à la fois d'autorités françaises et d'autorités étrangères (ce qui est le cas des conventions internationales, sauf quand elles sont considérées comme source de droit interne), ou encore émanant d'autorités françaises agissant en qualité d'autorités étrangères ou internationales (par exemple les autorités françaises d'occupation en Allemagne) (3).

(2) C.E. 18 décembre 1964, Sieur Girard, A.J.D.A. 1965 p. 397, note Moreau ; cf. sur cette question, l'article de M. J.-M. AUBY : « Le contentieux des actes parlementaires et la loi organique du 17 novembre 1958 », in A.J.D.A. 1959 p. 101.

(3) Voir : AUBY et DRAGO : « Traité de contentieux administratif », T. I, p. 35.

Par. 3. - Actes de Gouvernement.

Enfin sont exclus du contrôle juridictionnel *les actes mettant en jeu les rapports de chacune de ces deux catégories d'autorités, Parlement ou puissances étrangères, avec le Gouvernement*. D'une part, en effet, le juge veut éviter tout conflit avec le législateur, en s'abstenant d'intervenir dans le fonctionnement des pouvoirs publics constitutionnels, et d'autre part, il ne peut connaître de mesures intéressant en partie un état étranger ou concernant les relations internationales. Ces actes qualifiés par la doctrine d'« *actes de gouvernement* » (4), échappent à tout contrôle juridictionnel et posent un problème dans la mesure où ils peuvent porter atteinte aux libertés (5).

Mais, en premier lieu, ce qui est à craindre, plus que le domaine actuel de cette catégorie d'actes, qui restent tout de même soumis à un certain pouvoir de contrôle de la part du Parlement,

(4) Le problème des actes de gouvernement, « un des plus difficiles du contentieux administratif » (AUBY et DRAGO, T. I, p. 71), a fait l'objet de nombreuses études, parmi lesquelles ont peut citer :

- DUEZ : « Les actes de gouvernement », 1933 ; « La responsabilité de la puissance publique », 2^e éd. 1938, p. 220.
- GROS : « Survivance de la raison d'Etat », 1933.
- APPELT : « L'acte de gouvernement dans la jurisprudence et la doctrine en France et en Allemagne », Conseil d'Etat, livre jubilaire, p. 633.
- CHAPUS : « L'acte de gouvernement, monstre ou victime », D. 1958, chr. p. 5 ; Encycl. Dalloz, Dr. Adm., « Acte de gouvernement ».
- MIGNON : « L'amenuisement de l'empire de la théorie des actes de gouvernement, progrès nécessaires du concept de légalité », R.A. 1951 p. 30 ; « Une emprise nouvelle du principe de légalité : les actes de gouvernement », D. 1951, chr. p. 5.
- MONTANE DE LA ROQUE : Annales de la Faculté de droit de Toulouse, 1960.
- ODENT : « Contentieux administratif », 1961-1962 p. 149.
- VIRALLY : « L'introuvable acte de gouvernement », R.D.P. 1952 p. 317.
- WALINE : « Traité élémentaire de droit administratif », 3^e éd., p. 190.
- VEDEL : « Droit administratif », Thémis 1964 p. 221.
- A DE LAUBADÈRE : « Traité élémentaire de droit administratif », 3^e éd. 1963, p. 224.
- RIVERO : « Droit administratif », p. 140.
- AUBY et DRAGO : « Traité de contentieux administratif », p. 71.
- CÉLIER : Concl. sous C.E. 28 mars 1947, Gombert, S. 1947.III.89.
- PUISOYE : « Pour une conception plus restrictive de la notion d'acte de Gouvernement », A.J.D.A. 1965 p. 211.
- R. CAPITANT : « De la nature des actes de gouvernement », Etudes juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière, 1964, p. 99.
- J. DONNEDIEU DE VABRES : E.D.C.E. 1947 p. 44 : « La protection des droits de l'homme par les tribunaux administratifs en France ».

(5) La jurisprudence récente emploie elle-même parfois l'expression « acte de gouvernement » : Tribunal des Conflits 24 juin 1954, Barbaran, Rec. p. 712 ; C.E. 2 mars 1962, Rubin de Servens et autres, précité.

c'est son extension abusive, de la part du pouvoir gouvernemental, au domaine administratif, sous couvert de rapports avec le Parlement ou de relations internationales. C'est pourquoi, depuis fort longtemps, les auteurs ont cherché à justifier cette exclusion de tout contrôle juridictionnel. Et il semble, en effet, que bien qu'il soit à peu près impossible de les expliquer dans leur totalité d'une façon logique et rationnelle, en raison de leur nature très diverse, les actes de gouvernement n'ouvrent pas une brèche dans le principe de légalité. La majorité de la doctrine est d'accord sur ce point : ce sont les règles normales du contentieux administratif qui justifient leur immunité, puisque le juge administratif ne peut connaître que de l'action proprement administrative des autorités publiques. Les actes de gouvernement, qui concernent pour la plupart les rapports entre les pouvoirs publics, se rattachent « à l'exercice de la fonction gouvernementale opposée à la fonction administrative qu'assume également l'exécutif » (6).

Cette interprétation ne fait, certes, que reculer la difficulté, car la séparation entre fonction gouvernementale et fonction administrative est loin d'être aisée à opérer (7), mais elle présente l'avantage « d'éliminer de notre droit une catégorie qui offre aux tentations d'arbitraire un abri propre à les encourager » (8).

D'ailleurs, la jurisprudence contemporaine tend à faire prévaloir une conception restrictive de la notion d'actes de gouvernement, afin d'en limiter le domaine. Ainsi le Conseil d'Etat qui en 1951 s'était refusé à examiner un décret réglementant les élections législatives partielles, c'est-à-dire un acte réglementaire ayant trait aux opérations électorales (9), s'est au contraire reconnu compétent pour connaître d'un décret réglementant les déclarations de candidature et les conditions d'éligibilité sur le territoire algérien (10), ou de décrets relatifs à l'organisation des opérations de référendum (11), sauf lorsque le projet soumis au peuple a été adopté,

(6) AUBY et DRAGO : « Traité de contentieux administratif », T. I, p. 79 ; ces auteurs citent dans le même sens : E. LAFERRIÈRE, « Traité de la juridiction administrative », 2^e éd., T. II, p. 32. Voir également : CHAPUS et VIRALLY, *op. cit.*

(7) Cf. J. PUISOYE, *op. cit.*, p. 216.

(8) J. RIVERO : « Droit administratif », p. 142.

(9) C.E. 2 novembre 1951, Tixier, Rec. p. 512, J.C.P. 1952.II.6810, note Vedel ; D. 1951 p. 129, note F. M. ; G.A.J.A. 4^e édition, n° 95, obs. Weil, Long, Braibant ; R.A. 1952 p. 48, note Liet-Veaux.

(10) C.E. 27 mai 1960, Lagaillarde, précité, Rec. p. 369 ; A.J.D.A. 1960.I.101, chr. Combarnous et Galabert.

(11) C.E. 19 octobre 1962, Brocas, Rec. p. 553, S. 1962 p. 307, concl. Bernard ; D. 1962 p. 701, concl. Bernard ; R.D.P. 1962, 1181, concl. Bernard ; A.J.D.A. 1962 p. 612, chr. de Laubadère.

car le contrôle de la régularité des actes organisant le référendum impliquerait une appréciation de la régularité de la loi votée par référendum (12).

De même, les actes mettant en cause les rapports du Gouvernement avec une puissance étrangère sont susceptibles de recours contentieux lorsqu'ils ne soulèvent qu'une question de droit interne, ce qui illustre bien la conception selon laquelle, si les actes concernant les relations de l'exécutif avec les puissances étrangères sont insusceptibles de contrôle contentieux, c'est uniquement parce qu'ils mettent en œuvre des règles de droit international. A partir du moment où ce n'est plus le droit international, mais le droit interne qui est en cause, le juge se reconnaît compétent : il en est ainsi par exemple des litiges relatifs au régime juridique de droit interne de services publics créés par la France en vertu d'accords internationaux, des litiges portant sur la conformité des actes litigieux aux règles résultant d'une convention internationale applicable en France (elle constitue alors une source de droit interne dont le juge peut contrôler le respect par les autorités publiques), des litiges nés du fonctionnement des services diplomatiques et consulaires dans leurs relations avec les ressortissants français, de ceux relatifs à la modification du tarif des droits de douane, même si elle est la conséquence d'accords internationaux, de ceux ayant trait à la violation par les autorités françaises des dispositions d'une convention applicable en France (13) (cf. Auby et Drago, *op. cit.* T. I, pp. 84-87).

Certains auteurs vont même jusqu'à proposer d'admettre une réparation des dommages causés par les actes de gouvernement fondée sur la théorie du risque (14), mais jusqu'à présent la jurisprudence a toujours rejeté de tels recours en responsabilité (15). Il semble cependant que les actes concernant les relations internationales devraient pouvoir faire l'objet de recours contentieux, puisque le juge reconnaît sa compétence pour connaître des me-

(12) C.E. Ass. 27 octobre 1961, Le Regroupement national, Rec. p. 594, A.J.D.A. 1961 p. 695, D. 1962 p. 23 note Leclercq : à compter de la promulgation et de la publication, « le juge de l'excès de pouvoir ne peut plus se prononcer sur la légalité des actes administratifs constituant le préliminaire obligatoire du référendum, sans qu'il soit porté une appréciation sur la validité de la loi précitée ».

(13) Cf. AUBY et DRAGO, *op. cit.*, T. I, pp. 84-87.

(14) GROS, *op. cit.*, p. 202 ; JÉZE, R.D.P. 1924 p. 78 ; STASSINOPOULOS : « La responsabilité civile de l'Etat du fait des actes de gouvernement en droit français, grec et comparé », Revue hellénique de droit international 1949.

(15) C.E. 7 septembre 1945, Société Worms, Rec. p. 189 ; C.E. 29 octobre 1954, Taurin et Mérieuve, Rec. p. 566, D. 1955 p. 361 note F.-P. BENOÎT.

sures qui, séparées de l'acte international, intéressent le droit interne (16). Or, tout acte se rapportant aux relations internationales intéresse toujours, dans une certaine mesure, l'ordre interne, qu'il s'agisse de la décision initiale de recourir à des négociations, des actes relatifs à l'élaboration des traités qui, avant d'être intégrés à l'acte international, relèvent du droit interne, ou de ceux qui concernent l'exécution des conventions ou autres actes internationaux. Il serait donc possible, sans apprécier la régularité de tels actes, de permettre la réparation de leurs conséquences dommageables, par application de la théorie du risque, lorsque les victimes pourraient démontrer l'existence d'un préjudice anormal et spécial. D'ailleurs la Constitution de 1958 elle-même, en son article 35, affirme que « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ». C'est donc que les traités ratifiés et publiés constituent une source de légalité interne et que la violation d'une de leurs clauses peut faire l'objet d'un recours contentieux (17). Considérés sur le plan interne, les actes se rapportant aux relations internationales seraient ainsi des manifestations de prérogatives de puissance publique dictées par l'intérêt général (18). D'ailleurs, par le biais de la théorie de l'acte détachable, le Conseil d'Etat tend actuellement à réduire encore, dans de notables proportions, le domaine des actes de gouvernement (19).

En définitive, la véritable raison de l'exclusion par le juge de tout recours contentieux contre certains actes ou certaines décisions, est une raison d'ordre pratique. Il est certain, comme l'a noté le doyen Vedel, que « le Conseil d'Etat interprète la règle qui lui interdit de connaître des rapports entre le Parlement et le Gouvernement et des rapports internationaux d'une manière plus prudente qu'il n'interprète les autres règles relatives aux frontières du contentieux administratif » (20). Mais, d'une part la tendance ac-

(16) Voir par exemple C.E. 13 mars 1964, Vassile, Rec. p. 179, A.J.D.A. 1964 p. 483 obs. A. D. L., où le Conseil d'Etat a examiné la légalité d'un décret déterminant les catégories de bénéficiaires de l'indemnisation prévue par un accord franco-allemand au projet des ressortissants français victimes des persécutions nazies.

(17) Le Conseil d'Etat l'admettait déjà avant 1958 : 30 mai 1952, Kirkwood, Rec. p. 291, R.D.P. 1952 p. 781 concl. Letourneur, note Waline ; 3 février 1956, Petalas, Rec. p. 44.

(18) Sur l'ensemble de la question, voir J. PUISOYE : « Pour une conception plus restrictive de la notion d'acte de gouvernement », A.J.D.A. 1965 p. 211, et spécialement : II : « Restriction du domaine de l'acte de gouvernement ».

(19) Voir C.E. 1^{er} octobre 1966, Aubert, A.J.D.A. 1966 p. 611, concl. Rigaud, et p. 607, obs. Lecat-Massot.

(20) « Droit administratif », p. 224.

tuelle de la jurisprudence va dans le sens d'une limitation de la notion d'acte de gouvernement (21). D'autre part, si les solutions adoptées par le Conseil d'Etat semblent moins hardies qu'en d'autres circonstances (notamment dans la délimitation des frontières du contentieux administratif, face au pouvoir judiciaire), « la raison de cette différence d'attitude, estime M. Vedel, est que le Conseil d'Etat risquerait, s'il entraînait en conflit avec le Parlement ou s'il s'immisçait de trop près dans les rapports internationaux, de voir ses arrêts demeurer lettre morte, tandis qu'un tel danger n'existe pas sur la frontière qui sépare le juge administratif du pouvoir judiciaire » (22).

C'est donc un souci de réalisme qui, finalement, guide le juge et explique tout à la fois l'existence et la limitation de ces actes insusceptibles de recours. Lorsque changent les textes et les rapports entre les pouvoirs publics, ou lorsqu'évoluent les relations internationales, le juge remet en cause une exclusion que la conjoncture ou les circonstances antérieures avaient motivée, pour rechercher si en l'état actuel des choses sa décision sera pleinement respectée, compte tenu du droit positif en vigueur et des pouvoirs reconnus à chaque autorité. Cette démarche, qui se traduit par l'évolution de la jurisprudence dans un sens restrictif, est une illustration de la volonté du juge de limiter le nombre des actes échappant au contrôle contentieux, en raison du risque d'arbitraire qui naît de leur existence même. L'acte dit « de gouvernement » n'est donc ni un monstre, ni tout à fait une victime : il est le fruit des rapports de forces que la vie des hommes en société et la réalité quotidienne consacrent, et se façonne à leur image.

* *
*

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

Au terme de cette recherche sur l'objet du contrôle juridictionnel en matière de libertés publiques, il semble possible de tirer de la jurisprudence un certain nombre d'enseignements. L'hypothèse de départ, on le sait, est celle où le juge est saisi d'un recours contre une mesure portant atteinte à l'exercice d'une liberté. Si cette mesure est l'œuvre d'un particulier, le juge se reconnaît com-

(21) Cf. ci-dessus, note 19.

(22) *Op. cit.*, p. 225.

pétent, dans tous les cas, pour en connaître. Par contre, et c'est le cas le plus fréquent, si elle émane d'une autorité investie de tout ou partie du pouvoir, elle peut revêtir la forme d'actes législatifs ou réglementaires. Or les actes législatifs sont soustraits au contrôle juridictionnel, en vertu du dogme de la perfection et de l'impeccabilité de la loi, alors que les actes réglementaires y sont soumis.

C'est pourquoi le juge interprète restrictivement une disposition de loi portant atteinte aux libertés, car il la considère comme une exception à un principe général, la loi étant présumée respecter les libertés. De même la notion d'acte réglementaire est interprétée largement, puisque de cette qualification dépend l'existence d'un contrôle juridictionnel (exécution des lois, pouvoir réglementaire autonome, ordonnances art. 38, décisions art. 16 dans le domaine réglementaire).

Au contraire, les textes constitutionnels ou législatifs qui fondent l'annulation d'actes réglementaires contraires à des libertés sont, eux, interprétés d'une manière extensive par le juge, parce qu'alors ils sont favorables aux libertés et les protègent. Tel est le cas, par exemple, de la fixation des « règles » et « principes fondamentaux » inclus dans l'article 34, car le Constituant a voulu placer dans le domaine législatif les matières les plus importantes, parmi lesquelles la protection des libertés et droits individuels.

On constate donc qu'une loi portant atteinte à une liberté est interprétée restrictivement par le juge, alors qu'une loi qui protège une liberté fait l'objet d'une interprétation extensive. On peut ainsi affirmer que chaque fois que le juge doit choisir entre deux interprétations, il retient en règle générale celle qui est la plus favorable à l'exercice des libertés. C'est là un élément qui permet de conclure à l'existence d'une administration des juges en France : dans la protection des libertés, le juge joue un rôle positif incontestable, par le pouvoir d'interprétation qu'il se reconnaît.

Cette tendance, il est vrai, se vérifie avec plus ou moins de force selon les circonstances, et est susceptible de degrés selon que l'on est en période normale ou en période exceptionnelle, voire en état de crise nationale. De même le juge, dans son action, doit tenir compte du droit positif en vigueur, lequel peut faire varier les solutions d'une matière à l'autre. Mais la diversité des solutions n'est qu'une preuve du réalisme manifesté par le juge et de son désir de protéger efficacement les droits individuels en serrant de près les raisons circonstancielles et les réalités juridiques.

Par son extension, l'objet du contrôle juridictionnel constitue donc en lui-même une garantie pour les libertés publiques, à condition toutefois que les violations des libertés soient effectivement sanctionnées. Il ne suffit pas en effet que le juge se reconnaisse compétent pour connaître du plus grand nombre possible d'actes juridiques, il faut encore que son contrôle s'avère efficace en profondeur. La présence du médecin ne constitue en effet une menace pour la maladie que si, après examen du patient, il se montre capable de la diagnostiquer et de la vaincre. De même, l'existence de recours contentieux ouverts à l'individu n'est qu'une étape, nécessaire mais non suffisante, dans la protection des libertés. Si nombreux que soient les actes accomplis en violation d'une liberté publique qui peuvent faire l'objet de recours juridictionnels, la garantie qui en résulte serait illusoire et vaine si la violation n'était pas censurée. A l'étude de l'objet du contrôle doit donc s'ajouter celle de son étendue. En pratique, d'ailleurs, ces deux aspects sont inséparables car, ainsi qu'on a pu s'en rendre compte déjà, si le juge, la plupart du temps, se reconnaît compétent, c'est dans le but d'apprécier la régularité des mesures qui ont porté atteinte aux libertés, et de les sanctionner éventuellement.

TITRE II

LA GARANTIE DES LIBERTÉS PUBLIQUES PAR L'ÉTENDUE DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL

INTRODUCTION

§ 1. Apparemment insoluble, le problème que doit résoudre le juge se renouvelle sans cesse et renaît de ses cendres. Affirmer que les libertés publiques bénéficient d'une protection toute spéciale par l'étendue du contrôle juridictionnel, c'est établir, même inconsciemment, une comparaison entre cette protection et celle dont bénéficient les droits ordinaires. Ce qui différencie en effet une liberté publique d'un droit quelconque reconnu aux individus, c'est que la liberté jouit d'un régime renforcé de protection : le juge lui applique certaines règles spécifiques que l'on ne retrouve pas ailleurs. Parce qu'une liberté publique est en cause, le contrôle juridictionnel s'approfondit et se renforce ; inversement, lorsqu'on se trouve en présence d'un tel contrôle, on peut conclure à l'existence d'une liberté publique.

Mais, par ailleurs, si profonde soit-elle, cette protection doit aller de pair avec les exigences de la vie en société et le nécessaire maintien de l'ordre et de la sécurité publique, sans lequel il n'est pas de vie commune possible. Le juge devra donc tendre à réaliser un équilibre entre l'autorité et la liberté, la sauvegarde du pouvoir et celle des droits des citoyens, les impératifs de l'ordre et ceux de la liberté. Il devra, selon les termes du président Bouffandeau, « protéger l'exercice des libertés publiques, mais aussi assurer la conciliation entre ces libertés et les prérogatives indispensables de l'autorité, maintenir les principes généraux du droit en appor-

tant avec prudence, à leur application, les aménagements rendus nécessaires par l'évolution des circonstances » (1).

À la vérité, il ne peut s'agir, pourtant, d'une véritable conciliation car, les deux antagonistes étant de force différente, le faible finit toujours par céder devant le fort. « La thèse du compromis est erronée, écrit le professeur Burdeau, parce que, sous l'apparence de faire la part égale à la liberté et à la réglementation, elle conduit à sacrifier la première à la seconde. En effet, dans le conflit, la liberté représente le droit sans la force, la réglementation, au contraire, représente quelquefois le droit, mais toujours la force. C'est dire que la liberté est battue d'avance » (2). Dans ces conditions, pour rétablir l'équilibre, il faut donner priorité à la liberté, et considérer l'individu comme faisant partie d'un ensemble et solidaire du groupe auquel il appartient. Cette solidarité sera le fondement et la limite de la réglementation : fondement, dans la recherche d'un ordre social amélioré, limite, dans l'exclusion de tout ce qui empêche l'épanouissement de l'homme.

« Dans un régime démocratique, dit encore M. Burdeau, ce serait une hérésie de concevoir l'ordre comme un cimetière de libertés alors qu'il ne peut et ne doit être qu'un aménagement des libertés. La réglementation ne les étouffe pas, elle les définit » (3). Ordre et liberté sont donc complémentaires et non contradictoires : c'est en ce sens qu'il faut comprendre le principe selon lequel la liberté est la règle, et les limitations l'exception.

Tels sont les principes qui dominent le contrôle juridictionnel des libertés publiques et en définissent l'étendue. Mais la mission du juge ne s'en trouve pas facilitée pour autant, car en premier lieu, l'atteinte aux libertés doit s'apprécier en fonction des circonstances : les libertés s'exercent dans le monde tel qu'il est, à une époque, sur un territoire, et dans un contexte déterminés. Les solutions seront donc variables selon que l'on est en période normale ou en période exceptionnelle. D'autre part, et surtout peut-être, la complexité du problème de l'étendue du contrôle juridictionnel naît, en France, de l'existence de deux ordres de juridictions qui, à des titres différents, revendiquent chacun la protection des libertés. D'ores et déjà, on s'aperçoit que la tâche du juge ne sera pas simple puisque, dans chaque cas d'espèce, la sanction de l'atteinte aux libertés dépendra du jeu combiné de ces éléments.

(1) Discours d'adieu, février 1961. Cité par M. J.-F. Heny, en ses conclusions sur l'affaire « Rubin de Servens », C.E. 2 mars 1962, précitées.

(2) « Les libertés publiques », Paris L.G.D.J. 1966, p. 29.

(3) *Id.*, p. 32.

§ 2. On a laissé sous silence jusqu'ici, le problème posé par l'existence d'ordres de juridiction différents (ou du moins l'a-t-on considéré comme résolu, en faisant application des solutions en vigueur). Mais il est essentiel pour la victime d'un acte accompli en violation d'une liberté de savoir devant quelle juridiction elle devra porter son action, afin d'éviter le retard qu'entraînerait une déclaration d'incompétence, et aussi, en cas de compétences concurrentes, pour saisir la juridiction susceptible de lui offrir la réparation la meilleure ou la plus complète.

En France existent deux ordres de juridictions : l'ordre judiciaire, ayant à sa tête la Cour de Cassation, l'ordre administratif, relevant au sommet du Conseil d'Etat (4). Cette séparation repose sur une longue tradition qui remonte au XVI^e siècle et a été consacrée par l'Edit de Saint-Germain-en-Laye de février 1641, puis, plus solennellement, par la loi des 16-24 août 1790 (5), et par le

(4) Le principe de la séparation des autorités administratives et des autorités judiciaires est une question classique, et ne sera évoqué que dans la mesure où il intéresse la protection des libertés. Voir :

- E. LAFERRIÈRE : « Traité de la juridiction administrative », 2^e éd. 1896, T. I, p. 10 et pp. 139 et s.
- E. LAFERRIÈRE : « Les raisons de la proclamation de la séparation des autorités administrative et judiciaire par l'Assemblée constituante », Mélanges Negulesco 1935, pp. 429 et s.
- AUBY et DRAGO : « Traité du contentieux administratif », T. I, p. 289.
- ODENT : « Contentieux administratif », pp. 16 et s.
- DE LAUBADÈRE : « Traité élémentaire de droit administratif », T. I, n^o 598 et s.
- WALINE : « Traité de droit administratif », n^o 30 et s.
- VEDEL : « Droit administratif », Themis 1964, pp. 59 et s.
- RIVERO : « Droit administratif », Dalloz 1965, n^o 131 et s.
- ROBERT : « Les violations de la liberté individuelle commises par l'administration », Paris 1956, pp. 245 et s.
- BENOÎT : « Juridiction judiciaire et juridiction administrative », J.C.P. 1964.I.1838.
- BRETTON : « L'autorité judiciaire gardienne des libertés essentielles et de la propriété privée », Paris 1966, pp. 18 et s.
- GAL : « La juridiction compétente pour connaître des atteintes aux droits fondamentaux de la personne, qu'il y ait ou non voie de fait administrative », J.C.P. 1951.I.927.
- BERNARD : Concl. sous C.E. 30 mars 1962, Association nationale de la Meunerie, précité, D. 1962.J.630.

(5) Titre II, art. 13 : « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions... » Le Tribunal des Conflits a rappelé, récemment, que la détermination des compétences respectives des juridictions de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif relevait de l'ordre public (T.C. 16 janvier 1967, Préfet de la Seine c/ Trib. Gde Instance de la Seine, D.A. 1967 n^o 41).

décret du 16 fructidor an III. Interdiction est faite aux tribunaux judiciaires de connaître des actes de l'Administration et, de prime abord, on devrait en conclure que les atteintes aux libertés commises par les particuliers doivent relever des juridictions judiciaires, tandis que celles qui émanent des autorités administratives seraient soumises aux juridictions administratives.

Mais il existe un autre principe, non moins fondamental et traditionnel, selon lequel l'autorité judiciaire est gardienne des libertés individuelles et de la propriété privée. Né de la suspicion des hommes de la Révolution contre les actes d'une Administration dont la puissance inquiétait, le principe a survécu à la création et au développement de la juridiction administrative. Consacrée, sur certains points par quelques textes (expropriation, fixation de l'indemnité de réquisition, dommages causés par les circuits de distribution d'électricité et, en matière de violation de la liberté individuelle et du domicile, art. 136 du Code de procédure pénale), la compétence judiciaire est reconnue par la jurisprudence même en l'absence de texte : le juge donne au principe une portée très large et il faut y voir un principe général du droit (6). « La sauvegarde de la liberté individuelle et la protection de la propriété privée rentrent essentiellement dans les attributions de l'autorité judiciaire » affirme le Tribunal des Conflits (7), et le Conseil d'Etat reconnaît que « la protection de la propriété privée rentre essentiellement dans les attributions de l'autorité judiciaire » (8); il en est de même de la Cour de Cassation (9). Enfin, l'article 66 de la Constitution de 1958 énonce : « Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe, dans les conditions prévues par la loi ». L'application pure et simple de cette règle devrait donc aboutir à la consécration de la compétence des juridictions judiciaires pour connaître de toutes les atteintes aux libertés publiques, qu'elles émanent des particuliers ou de l'administration, sans qu'aucune distinction soit faite en fonction de l'auteur de l'acte.

Dès lors, en rapprochant les deux principes — séparation des autorités, et autorité judiciaire gardienne des libertés publiques —,

(6) Voir B. JEANNEAU : « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative », p. 75.

(7) T.C. 13 décembre 1947, Hilaire, S. 1948.3.12, J.C.P. 1948.II.4087 note Vedel, D. 1948 p. 62, G.P. 1948.1.75.

(8) C.E. 3 mai 1963, Dame veuve Briand, Rec. p. 266, D.A. 1963 p. 34 n° 151.

(9) Cass. Civ. 16 juillet 1963, consorts Guyomar c/ Ville de Lorient, J.C.P. 1963.II.13348 note R. L.

on s'aperçoit que, s'ils entraînent des solutions identiques en ce qui concerne la sanction des atteintes aux libertés commises par les particuliers, ils s'opposent au contraire lorsque les violations émanent de l'autorité administrative, puisque l'acte litigieux relève par sa nature de la compétence administrative et par son objet de la compétence judiciaire. Se posera alors un délicat problème de répartition des compétences entre le *juge judiciaire* (Sous-titre I) et le *juge administratif* (Sous-titre III), un certain partage s'instaurant parfois entre *l'un et l'autre* (Sous-titre II).

SOUS-TITRE I

L'étendue du contrôle exercé par le juge judiciaire

En certaines matières, le juge judiciaire intervient à titre exclusif pour connaître des atteintes aux libertés, mais plus fréquemment, les compétences font l'objet d'un partage ou d'une spécialisation entre les deux ordres de juridiction, selon des fluctuations diverses mais toujours pour le même motif, juridiction judiciaire et juridiction administrative désirant assurer le mieux possible la protection des libertés (1).

Si la protection des libertés contre les agissements des particuliers ne soulève guère de difficultés, il en va différemment lorsque la violation émane des autorités investies de la puissance publique, à quelque titre et dans quelque mesure que ce soit.

(1) Sur la question de la répartition des compétences entre juridiction judiciaire et juridiction administrative, voir spécialement :

- Cl. GOYARD : « La compétence des tribunaux judiciaires en matière administrative », Domat-Moncrestien 1962.
- Ph. BRETTON : « L'autorité judiciaire gardienne des libertés essentielles et de la propriété privée », L.G.D.J. 1964.
- AUBY et DRAGO : « Traité de contentieux administratif », T. I, pp. 283 et s.

CHAPITRE PREMIER

ATTEINTE AUX LIBERTÉS ÉMANANT DE PERSONNES PRIVÉES

L'hypothèse la plus simple est celle où la violation de la liberté est commise par des personnes privées.

Section I

ACTES ACCOMPLIS PAR LES PARTICULIERS

En ce cas, la protection judiciaire s'impose, puisque le droit privé a pour but de régir les rapports entre individus, et que les règles juridiques sont établies pour permettre à l'homme de vivre en société, et donc d'obtenir réparation lorsque l'ordre établi est méconnu par d'autres hommes. En pratique, la protection est assurée soit par le juge civil, par application des règles du Code civil (état des personnes, capacité, liberté contractuelle, propriété privée et d'une manière générale responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle, le rôle de la jurisprudence dans l'interprétation et l'extension des articles 1382 et 1384 du Code civil étant capital) soit le plus souvent par le juge pénal, car toutes les atteintes aux libertés individuelles ont été érigées en infractions pénales. Ainsi en est-il des libertés de la personne physique, c'est-à-dire la sûreté individuelle avec ses corollaires : liberté d'aller et de venir, liberté du domicile, liberté de la correspondance. Ainsi en est-il encore des libertés de la pensée, comme la liberté de la presse ou la liberté religieuse, mais ce n'est ici qu'une hypothèse d'école car, dans ce cas les violations ne peuvent (au sens matériel) émaner que de la puissance publique (d'ailleurs, lorsqu'elles sont l'œuvre de particuliers, elles se manifestent toujours par une atteinte simultanée aux libertés de la personne physique : séquestration, violences, etc...).

Section II

LIBERTE DU TRAVAIL ET LIBERTE SYNDICALE

Une difficulté surgit cependant aux yeux du juge lorsque, dans les rapports de droit privé, celui qui porte atteinte à la liberté est en position de force par rapport à la victime. C'est surtout en matière de *liberté du travail* et *liberté syndicale* que la question se pose. Pour en situer l'importance, que l'on se rappelle seulement que sur 168 heures composant une semaine, 48 en moyenne sont consacrées au travail, soit plus du quart de la semaine.

A cet égard, on constate que la jurisprudence s'exerce dans un sens favorable à la victime et nombre de lois protectrices des salariés n'ont fait que consacrer des solutions admises depuis longtemps en jurisprudence. Ainsi l'insaisissabilité partielle des salaires, établie par la loi du 12 janvier 1895, avait été admise par la Cour de Cassation dès 1860 (2). De même, le juge judiciaire considérait que le refus d'embauchage fondé uniquement sur une appartenance syndicale constituait une faute pour l'employeur et engendrait sa responsabilité (3); cette solution a été consacrée par la loi du 27 avril 1956, qui confirme l'illicéité de toute discrimination motivée par l'appartenance à un syndicat. De même encore, la jurisprudence décidait qu'en congédiant irrégulièrement un représentant du personnel pour mettre fin à l'exercice de ses fonctions, l'employeur était passible d'une sanction pénale (4); l'ordonnance du 7 janvier 1959 a confirmé cette solution.

D'une manière générale, l'interprétation des textes par le juge judiciaire se fait en fonction de la protection des salariés (sous l'importante réserve, il est vrai, de l'incidence des circonstances économiques (5). Cela se vérifie non seulement dans l'exécution du contrat de travail, mais surtout lorsque celui-ci prend fin, en particulier par la notion de congédiement abusif.

Par. 1. - Au cours du travail.

Dans les rapports entre salariés et employeurs *au cours du travail*, le juge manifeste, autant qu'il le peut, le souci de défendre

(2) C. Cass. 10 avril 1860, D.P. 1860.I.166.

(3) C. Cass. 20 mars 1929, S. 1929.I.351.

(4) C. Cass. Crim. 1^{er} février 1951, J.C.P. 1951.II.6333.

(5) Voir Deuxième Partie.

les intérêts du travailleur. En voici quelques exemples, tirés d'une jurisprudence extrêmement abondante :

— Le salarié conserve en permanence certaines libertés qui ont trait à sa vie privée et au respect de son intimité, telle la liberté de contracter mariage. La Cour d'Appel de Paris, dans un arrêt du 30 avril 1963 (6), a annulé la clause par laquelle une compagnie aérienne avait prétendu imposer le célibat à ses hôtesses de l'air. « Le droit au mariage, dit la Cour est un droit individuel d'ordre public qui ne peut se limiter ni s'aliéner ; ... la liberté du mariage doit, en principe, être sauvegardée et, à moins de raisons impérieuses évidentes, une clause de non-convol doit être déclarée nulle comme attentatoire à un droit fondamental de la personnalité ».

— Un syndicat qui recourt à la grève pour obliger un employeur à renvoyer un non syndiqué engage de ce fait sa responsabilité civile [cf. l'affaire Joost C. Cass. Civ. 22 juin 1892 (7), et plus récemment, en ce qui concerne la mise à l'index, l'affaire Cortot, Cass. 26 nov. 1953 (8), et 31 mai 1956 (9)].

— L'exercice du pouvoir disciplinaire qui appartient au chef d'entreprise ne peut être soustrait au contrôle juridictionnel qui est la seule garantie du salarié. Le droit de recours juridictionnel ne peut être supprimé, même par convention collective : la Cour de Cassation a annulé la clause d'une convention qui, créant un Conseil de discipline, prétendait soustraire ses décisions au contrôle du juge (10).

— Dans le silence de la loi, la jurisprudence reconnaît la personnalité juridique aux comités d'établissement, reconnaissance qui a une grande importance pratique en raison de l'action qu'exercent ces comités au profit des travailleurs (11).

— La jurisprudence se montre généralement plus sévère pour le lock-out que pour la grève, car l'un vise la prospérité de l'entreprise, tandis que l'autre est un moyen de défense des travailleurs. La loi qui impose le recours « préalable » aux procédures de conciliation avant le lock-out est interprétée strictement, en ce sens

(6) S. 1963 p. 179 note A. Toulemon ; D. 1963 p. 428 note A. Rouast ; J.C.P. 1963.II.13205 bis.

(7) D. 1892.I.449.

(8) D. 1956 p. 154 note Friedel.

(9) J.C.P. 1956.II.9434.

(10) Cass. Soc. 24 octobre 1962, D.S. 1963 p. 163.

(11) Civ. 29 janvier 1954, D. 1954 p. 217 note Levasseur.

qu'en cas d'absence préalable de recours à ces procédures l'illégalité du lock-out est prononcée [Cass. Soc. 30 octobre 1952 (12)] ; au contraire, le juge donne une interprétation large à la disposition de loi qui prévoit en cas de grève, le recours « immédiat » à la conciliation, et conclut qu'une grève déclenchée avant toute procédure de conciliation n'est pas illicite pour autant [Cass. Soc. 24 mai 1955 (13)].

— Le salarié, en cas de malfaçons ou de résultats défectueux dans son travail, ne peut voir sa responsabilité engagée qu'en cas de faute lourde ou volontaire. « L'ouvrier, affirme la Cour de Cassation, ne peut être tenu pour responsable du résultat défectueux de son travail que si sa façon de procéder révèle, par comparaison avec un ouvrier normalement diligent, non une simple erreur involontaire, mais une faute lourde, voire volontaire » [Cass. Soc. 27 novembre 1958 (14)]. La jurisprudence se réfère « à la diligence du bon père de famille » [Cass. Soc. 10 avril 1962 (15)].

— L'article 30 b, L. 1^{re} du Code du Travail interdit en termes formels le marchandage, c'est-à-dire « l'exploitation des ouvriers par des sous-entrepreneurs ou marchands ». Mais la Cour de Cassation a décidé que ce qui était irrégulier n'était pas le marchandage en soi, qui peut être profitable aux salariés, mais le marchandage « abusif », parce qu'il leur porte tort [Cass. Ch. Réunies 31 janvier 1901 (16)].

— La jurisprudence attribue une portée générale à l'article 23 al. 7 du Livre 1^{er} du Code du Travail, qui proclame la survivance de plein droit des contrats de travail en cas de transformation de la situation juridique de l'entreprise. L'expression « notamment » qui figure dans l'énumération législative, a permis à la jurisprudence d'étendre très largement cette disposition et de décider qu'en cas de transmission de l'entreprise, le personnel antérieurement engagé devait être conservé, même en cas de substitution d'un établissement public à une entreprise privée, à la suite de nationalisations (17), et même lorsqu'à la suite d'une annula-

(12) D. 1953 p. 132.

(13) D.S. 1955 p. 567.

(14) D. 1959 p. 20 note Lindon ; J.C.P. 1959.II.11143, note Brethe de la Gressaye.

(15) 2 arrêts, D. 1962 p. 565 note Lindon.

(16) S. 1902.1.157 ; D.P. 1901.1.169.

(17) Cass. Soc. 22 décembre 1950, Houillères de la Loire, D. 1951 p. 110 ; S. 1951.1.148.

tion de la transmission, l'ancien propriétaire, qui avait été spolié, est replacé à la tête de ses affaires alors que le personnel avait été embauché par le spoliateur (18). La continuité de l'entreprise doit entraîner celle de l'emploi.

C'est également en vertu de ce texte et de cette jurisprudence extensive que, lors de cessions d'entreprises, le nouvel employeur est tenu d'accorder les congés payés ou l'indemnité compensatrice correspondant aux services dont a bénéficié l'ancien propriétaire (19), sans pouvoir exiger de remboursement de ce dernier (20).

— Il n'est pas jusqu'aux congés culturels qui ne bénéficient d'un regard de faveur : la Cour de Cassation a reconnue licite l'attribution, par les comités d'entreprise, sur les fonds destinés aux œuvres sociales, d'indemnités destinées aux travailleurs bénéficiant d'un congé culturel (21).

— Quant à la rémunération du travail, elle fait aussi l'objet d'une interprétation extensive favorable aux salariés. Ainsi, les primes ou gratifications deviennent une obligation pour l'entreprise dès lors que, dans le passé, elles ont été attribuées avec une certaine périodicité, sans qu'il soit besoin d'établir la fixité du taux, la régularité du versement ou sa généralité (22). De même, la fourniture gratuite d'un logement entre fréquemment dans les avantages en nature ; si l'employeur n'y donne pas suite, c'est à lui que sera imputée la résiliation du contrat de travail (23).

— Enfin la jurisprudence tend à atténuer les conséquences que la maladie du salarié pourrait avoir sur le contrat de travail, en décidant qu'il n'y a que suspension du contrat (24), que le temps de maladie entre en compte dans l'ancienneté (25), que l'indemnité

(18) Cass. Soc. 20 février 1947, 3 arrêts, J.C.P. 1947.II.3644, obs. G. B. ; S. 1947.I.178.

(19) Cass. Civ. 8 décembre 1937, S. 1938.I.87.

(20) Cass. Soc. 25 avril 1944, D.S. 1945 note P. D. ; G.P. 1944.II p. 15 ; Cass. Soc. 12 janvier 1956, I.C.E. 1956 p. 414.

(21) Cass. Soc. 4 janvier 1962, D.S. 1962 p. 164, concl. Lindon ; D. 1962 p. 471.

(22) Cass. Soc. 9 avril 1962, D. 1962 p. 491 : « La gratification dite exceptionnelle était en réalité attribuée avec une périodicité telle que, nonobstant la qualification qui lui était donnée, elle constituait un élément de salaire. » Cet arrêt marque une évolution par rapport à la jurisprudence antérieure qui exigeait un caractère de régularité des versements : Cass. Soc. 24 janvier 1957, I.C.E. 1957 p. 732.

(23) Cass. Soc. 21 novembre 1962, Bull. 1962.IV p. 687.

(24) Cass. Soc. 18 septembre 1941, G.P. 1941.2.520.

(25) Cass. Soc. 16 juillet 1953, I.C.E. 1954 p. 108.

compensatrice est due si le salarié tombe malade pendant le congé (26), que l'employeur qui congédie le salarié pendant le temps de la maladie peut être condamné, sans qu'une faute ait besoin d'être établie, à des dommages-intérêts pour rupture abusive (27).

Par. 2. - Congédiement.

C'est en matière de *congédiement* que la tendance libérale de la jurisprudence se manifeste le plus clairement car, plus encore que dans l'accès au travail, le déroulement de la vie professionnelle ou les problèmes de rémunération, les risques d'arbitraire que recouvre tout congédiement créent un grand danger pour le salarié, et imposent au juge une action efficace.

§ 1. *Contrat à durée déterminée.*

C'est pourquoi la jurisprudence s'est efforcée d'atténuer l'incertitude dans laquelle se trouve le travailleur vis-à-vis du maintien de son contrat de travail, lorsque ce dernier est fixé pour *une durée déterminée*. Par le biais de la période d'essai, qui permet à chacune des deux parties de se rendre compte s'il est possible de contracter, l'employeur ne peut échapper à l'obligation de préavis, en allongeant cette période plus que de coutume ou en procédant à des prorogations successives (28). Le juge établit le « caractère inusité des prolongations successives » en les comparant aux usages établis dans chaque profession.

La Cour de Cassation accorde parfois une indemnité de licenciement à raison de l'ancienneté du travailleur dont le contrat atteint son terme (29) et elle a été jusqu'à déclarer abusif, le refus de renouvellement du contrat par l'employeur, ce qui justifiait l'octroi de dommages-intérêts (30).

(26) Cass. Soc. 9 mai 1953 et 19 mars 1954, J.C.P. 1954.II.8221 ; D.S. 1954 p. 409.

(27) Cass. Soc. 1^{er} avril 1935, Questions prud'homales, p. 535 ; Cass. Soc. 17 avril 1953, I.C.E. 1953 p. 590.

(28) Cass. Soc. 20 octobre 1950, Bull. 1950 p. 757 ; Cass. Soc. 30 décembre 1954, D. 1955 p. 326 : « Si, en l'absence de convention contraire, le contrat de travail peut, il est vrai, être rompu à tout moment pendant la période d'essai sans que la résiliation puisse être suivie de dommages-intérêts, encore faut-il que la durée de cette période n'apparaisse pas comme exagérément prolongée dans le but de faire fraude à la loi. »

(29) Cass. Soc. 17 mars 1960, J.C.P. 1960.II.11666, note Camerlynck.

(30) Cass. Soc. 18 juillet 1961, J.C.P. 1961.II.12317.

D'une manière générale, on observe une évolution notable dans la jurisprudence relative à la reconduction du contrat arrivant à expiration et prévoyant sa prorogation, mais sans préciser le nombre des périodes de cette prorogation. Dans un premier temps, la Cour de Cassation avait admis que le contrat demeurerait à durée déterminée, puisque la durée de chaque période était précisée (31). Certains employeurs dénués de scrupules, mais non d'imagination, en profitèrent pour engager des salariés pour une durée très brève, une journée par exemple, se renouvelant ensuite de jour en jour, ce qui leur permettait d'échapper à l'obligation du délai-congé et même à l'indemnité de rupture abusive. Aussi, dans une deuxième phase, la jurisprudence reconnut-elle que « le contrat de travail comportant un nombre de prorogations indéfini devient un contrat à durée indéterminée » (32).

Mais un autre danger surgissait alors pour le travailleur : celui de voir résilier son contrat unilatéralement par l'employeur, avant le terme fixé, après observation du préavis de droit commun. La jurisprudence la plus récente a donc décidé que le contrat renouvelable, par tacite reconduction, de période en période, demeurerait un contrat à durée indéterminée, mais ne pouvait être résilié qu'aux échéances de prorogation (33). Cette solution réunit les avantages des deux sortes de contrats : l'observation du délai-congé relève du contrat à durée indéterminée ; l'obligation de respecter le terme fixé caractérise le contrat à durée déterminée. La Cour de Cassation montre bien son souci de défendre les droits du salarié, en le faisant bénéficier à la fois du préavis de droit commun et du terme contractuel.

§ 2. Contrat à durée indéterminée : rupture abusive.

Le libéralisme de la jurisprudence tend aussi à se manifester quelle que soit la durée du contrat de travail, et surtout peut-être lorsqu'il s'agit d'un *contrat à durée indéterminée*, en raison des dangers qu'une brusque résiliation unilatérale peut faire courir à l'autre contractant, en particulier quand la décision de résiliation

(31) Cass. Civ. 18 décembre 1907, D.P. 1908.I.108 ; Cass. Civ. 8 décembre 1913, D.P. 1917.I.173.

(32) Cass. Civ. 31 mars 1924, S. 1924.I.295 ; 9 avril 1930, G.P. 1930.2.505 ; 15 octobre 1941, D.C. 1942 p. 149, note Voirin ; J.C.P. 1942.II.2009, note Rodière ; Cass. Soc. 19 janvier 1956, G.P. 1956.I.165.

(33) Cass. Soc. 4 juin 1957, D.S. 1957.567 ; Soc. 21 mars 1958, S. 1958 p. 233, note J. L. C. ; Soc. 10 février et 5 novembre 1960, D. 1960 p. 249, note A. Rouast.

émane de l'employeur. A cet égard, l'existence d'un délai-congé ou d'une indemnité pour brusque rupture est loin d'être une garantie suffisante pour le salarié : tout au plus atténue-t-elle les conséquences qu'entraîne la possibilité de résiliation unilatérale des contrats de travail à durée indéterminée, en lui permettant d'avoir un peu de temps pour chercher un nouvel emploi. Pour que l'employeur ne soit pas tenté de congédier son personnel arbitrairement, il faut qu'existe un contrôle juridictionnel efficace des motifs de licenciement, afin que les abus soient sanctionnés. Telle est la raison d'être de la théorie jurisprudentielle de la *rupture abusive du contrat de travail*.

Sans reprendre l'ensemble de la question, à laquelle de nombreux développements ont été consacrés (34), on notera, dans le cadre de cette étude, que la protection des libertés individuelles du travailleur est assurée d'une manière spéciale par la jurisprudence. D'une part, en effet, celle-ci interprète extensivement l'article 1780 du Code Civil, selon lequel « la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à dommages-intérêts ». Elle retient une conception de plus en plus large de la notion de faute de l'employeur, en qualifiant ainsi non seulement les manifestations d'intention malicieuse ou le détournement du droit de résiliation de sa fonction, mais encore les actes d'imprudence ou de légèreté blâmable.

D'autre part, et surtout, lorsqu'on examine les solutions jurisprudentielles, on constate que certains renvois ne sont jamais considérés comme abusifs, alors que d'autres le sont parfois, en certaines circonstances, et d'autres enfin, le sont toujours. Or, cette dernière catégorie comprend ceux qui ont leur origine dans une violation des droits et libertés individuels du travailleur. En d'au-

(34) R. PRIEUR : « L'abus des droits dans la formation et la dissolution du contrat de travail », Thèse Paris 1942.

— Th. POPLANSKI : note au J.C.P. 1946.II.3206.

— Daniel AUTIÉ : « La rupture abusive du contrat de travail », Thèse Paris 1955.

— Daniel AUTIÉ : « Nouveaux aspects de la jurisprudence de la Cour de Cassation à propos de la rupture abusive du contrat de travail », D.S. 1956. p. 153.

— G.-H. CAMERLYNCK : « Traité pratique de la rupture du contrat de travail », 1959.

— G.-H. CAMERLYNCK : « Du motif inexact au fallacieux prétexte », D. 1959 chr. p. 129.

— G. LYON-CAEN : Note sous Tr. adm. Besançon 15 mai 1963, D. 1963 p. 755.

— M. DESPAX : « La vie extra-professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail », J.C.P. 1963.I.1776.

tres termes, chaque fois qu'un congédiement est motivé par la violation d'une liberté individuelle du salarié, il est toujours considéré comme abusif, ce qui n'est pas le cas lorsque la liberté n'est pas en cause. C'est en cela que consiste la protection spéciale des libertés (on corrigera plus tard cette affirmation, avec la prise en compte des considérations économiques). Mais de quelles libertés s'agit-il ?

1. Tout d'abord, de la *liberté du mariage*. Ainsi qu'on l'a vu ci-dessus, un employeur ne peut imposer au salarié une clause de non-convol et le congédier au seul motif qu'il a contracté mariage (35). Le droit au mariage est un droit fondamental de la personnalité, un droit individuel d'ordre public qui ne peut être ni limité, ni aliéné, même lorsque le métier exercé se concilie mal avec les servitudes et les espérances de l'état matrimonial.

Certes, en dépit de l'expression consacrée, certains événements ne sont pas « heureux » pour tout le monde, et la position, « intéressante » pour la salariée, ne l'est pas forcément pour l'employeur. Mais cela ne saurait suffire pour permettre à ce dernier de s'immiscer dans un domaine faisant, par essence même, partie de l'intimité de chacun et soumis à sa seule appréciation. D'ailleurs, comme le note la Cour d'Appel de Paris, « la clause de célibat a pour but avoué et pour effet d'éluder les dispositions légales d'ordre public et assorties de sanctions pénales qui interdisent le licenciement des femmes enceintes ; sous cet aspect, elle constitue une stipulation qui fait fraude à la loi ». De plus, « incitant celle qui l'a souscrite à s'engager dans une union illégitime non interdite par le règlement plutôt que de perdre son emploi, elle est directement attentatoire aux bonnes mœurs ». Il semble donc qu'un droit aussi fondamental que le droit au mariage ne puisse faire l'objet d'aucune contestation de la part de l'employeur.

Pourtant, il est un cas où la jurisprudence admet la rupture du lien contractuel, résultant du mariage du salarié, mais, à vrai dire, la cause de la rupture n'est pas tant le mariage lui-même que la personnalité du conjoint. Il s'agit, en effet, du cas où le conjoint est un concurrent de l'employeur ou un employé du concurrent. La situation risque alors d'être préjudiciable aux intérêts de l'employeur et, devant ce motif d'ordre professionnel et économique, la Cour de Cassation a admis la licéité du congédiement de l'employé. Ainsi, n'a pas été considéré comme abusif le licenciement d'un visiteur médical qui s'était marié avec la visiteuse médicale

(35) Paris 30 avril 1963, précité. Voir note 6 de ce chapitre.

d'un concurrent, alors que les deux conjoints faisaient leurs visites en commun (36). Il en est de même du licenciement d'une employée dont le mari, ancien salarié de l'entreprise, travaillait pour une maison concurrente (37), ou de celui d'une employée « effectué par l'employeur au motif qu'elle projetait de contracter mariage avec un ancien employé de l'établissement passé au service d'une maison concurrente » (38).

Bien que ce ne soit pas le mariage proprement dit, mais la situation du conjoint qui fonde ces licenciements, on regrettera une telle jurisprudence de la Cour de Cassation, surtout dans le dernier arrêt, où il ne s'agissait que d'un simple projet de mariage. Le droit au mariage n'est rien s'il n'est pas accompagné du droit de choisir librement son conjoint, en étant guidé par des raisons d'ordre affectif ou sentimental, plutôt que par le souci de ne pas trahir les secrets de fabrication ou d'éviter un manque à gagner pour l'entreprise.

2. La violation de la *liberté syndicale* du travailleur est également cause de rupture abusive. Sur ce point, la jurisprudence a toujours été très nette, car utiliser le droit de résiliation pour porter atteinte à la liberté syndicale, c'est le détourner de sa destination normale. Dès 1910, la Cour de Cassation sanctionnait le renvoi d'un salarié parce qu'il était secrétaire d'un syndicat (39). Depuis, elle a constamment persévéré dans cette voie, condamnant l'employeur pour avoir congédié des salariés en raison de leur qualité de représentants syndicaux des cadres (40), procédé à la mutation d'un salarié venant d'être élu à des fonctions syndicales (41), renvoyé à la fin de leur mandat des délégués du personnel en raison de leur activité syndicale (42), licencié un délégué syndical pour l'évincer de l'entreprise (43). Bref, toutes les ruptures déterminées par l'affiliation (44) ou l'activité syndicale du salarié (45) sont

(36) Cass. Soc. 23 janvier 1960, D. 1960 som. p. 31.

(37) Cass. Soc. 9 octobre 1959, D. 1960 p. 8.

(38) Cass. Soc. 9 janvier 1963, D. 1963 som. p. 36.

(39) Cass. Civ. 27 mai 1910, D. 1911.1.223.

(40) Cass. Soc. 23 mars 1950, D.S. 1950 p. 254.

(41) Cass. Soc. 17 mai 1951, I.C.E. 1953 p. 36.

(42) Cass. Soc. 16 février 1956, I.C.E. 1956 p. 512.

(43) Cass. Soc. 22 juin 1956, I.C.E. 1957 p. 30.

(44) Cass. Soc. 17 mai 1951, D.S. p. 474 ; Cass. Soc. 22 octobre 1959, Droit ouvrier 1960 p. 329.

(45) Cass. Soc. 16 décembre 1957, I.C.E. 1958 p. 308, Bull. 1957.IV. n° 1257 p. 898 ; Cass. Soc. 3 janvier 1958, D. 1958.J.119 ; Soc. 20 février 1958, D.S. 1958 p. 357 ; Soc. 23 mars 1960, Bull. IV.233 ; Soc. 3 mars 1961, Bull. IV.237 ; Soc. 24 janvier 1962, J.C.P. 1962.II.12 565, note Blaise ; Soc. 30 janvier 1963, Bull. IV.86.

sanctionnées. La loi du 27 avril 1956 (art. 1^{er} a du Livre III du Code du Travail) a consacré cette jurisprudence et lui sert d'appui, en interdisant à l'employeur de se fonder sur l'appartenance syndicale pour refuser d'embaucher ou pour congédier les salariés.

Mais la liberté syndicale comprend également la liberté de ne pas se syndiquer et celle de s'affilier au syndicat de son choix : est considéré comme abusif le congédiement fondé sur le refus d'affiliation syndicale (46).

Assez souvent, une protection supplémentaire existe lorsque l'activité syndicale est exercée dans le cadre d'un mandat de délégué du personnel. C'est une hypothèse fréquente, car les représentants sont certes élus par le personnel, mais sur présentation par les syndicats les plus représentatifs, ce qui implique une relation étroite entre les deux situations. En règle générale, ce sont les militants syndicaux qui seront choisis dans les fonctions de représentants du personnel. Aussi, pour qu'ils ne soient pas trop dépendants de l'employeur par la menace de congédiement, a-t-il fallu leur assurer une protection spéciale contre les licenciements arbitraires.

Aux termes de l'article 22 de l'ordonnance du 22 février 1945 et de l'article 16 de la loi du 16 avril 1946, complétés par le décret du 7 janvier 1959, le licenciement des représentants du personnel est subordonné à une double autorisation : celle du comité d'entreprise et, en cas de refus de sa part, celle de l'inspecteur du travail. Sans l'accord de l'un ou de l'autre, le congédiement est frappé de nullité (47), ce qui devrait entraîner la réintégration du représentant congédié, mais la Cour de Cassation estime que l'obligation de réintégrer est une obligation de faire qui se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution, selon l'article 1142 du Code civil (48).

Cette solution enlève beaucoup de sa portée à la nullité du congédiement et la ramène pratiquement à un congédiement abusif. Certains ont fait valoir que cette jurisprudence était fondée sur une interprétation contestable de l'article 1142 du Code civil, qui ne prévoit la résolution d'une obligation de faire en dommages-intérêts que si l'exécution est impossible. Or, en l'occurrence, l'exécution n'est autre que la réintégration du représentant et il

(46) Trib. pol. Paris 26 septembre 1963, J.C.P. 1964.II.13 665, note Verdier.

(47) Cass. Soc. 3 juin 1948, D. 1948 p. 510 ; J.C.P. 1948.II.4462.

(48) Cass. Soc. 27 novembre 1952, D. 1953 p. 239, D.S. 1953 p. 101 ; Cass. Soc. 13 avril 1961, D. 1961 p. 401.

n'est pas prouvé qu'elle soit impossible (49). Heureusement, cette timidité de la Cour de Cassation est compensée par l'existence d'une sanction pénale à l'encontre de l'employeur qui licencie un représentant du personnel sans l'autorisation du comité d'entreprise ou de l'inspecteur du travail (50). L'ordonnance du 7 janvier 1959 a consacré la mise en œuvre de cette sanction pénale.

La liberté syndicale fait donc, finalement, l'objet d'une protection efficace de la part du juge : celui-ci sanctionne tout congédiement fondé sur l'appartenance (ou la non appartenance) à un syndicat ou sur l'activité syndicale. Il a même considéré comme abusif le licenciement d'un salarié qui avait participé à un stage de formation syndicale (51). Il est donc normal que la protection de la liberté syndicale s'étende à son corollaire immédiat : le droit de grève.

3. *Le droit de grève* du travailleur demeurerait théorique si la menace de congédiement planait constamment sur le gréviste, et si l'inexécution de son contrat durant la grève constituait en elle-même une faute sur le terrain disciplinaire, justifiant le licenciement. Après la reconnaissance du droit de grève par le préambule de la Constitution de 1946, la jurisprudence, qui avait jusque là adopté la thèse de la grève-rupture se modifia dans le sens de la grève-suspension (52), thèse consacrée par la loi du 11 février 1950 dont l'article 4 stipule : « la grève ne rompt pas le contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié ». Toute la question du droit de grève dans le secteur privé gravite donc autour de la notion de « faute lourde », ce qui confère un rôle primordial à la jurisprudence, puisque c'est elle qui a été amenée à en préciser le contenu.

A. — En effet, chaque fois que le salarié congédié après une grève conteste en justice que les faits invoqués par l'employeur à l'appui de la résiliation soient constitutifs d'une faute lourde, le juge est amené à vérifier l'existence et la qualification de ces faits, en examinant non seulement le comportement individuel du gréviste, mais aussi la nature et les limites du droit de grève dans la

(49) C'est l'opinion de MM. CAMERLYNCK et LYON-CAEN, « Droit du Travail », Précis Dalloz p. 305, et de M. F. MEYERS, dans « La réintégration des salariés » in *Droit social* 1962 p. 211.

(50) Cass. Crim. 1^{er} février 1951, J.C.P. 1951.II.6333, D. 1951 p. 186 ; Cass. Crim. 5 mars 1953, D. 1953 p. 286 ; Cass. Crim. 27 juin 1956 ; J.C.P. 1956.II.9595.

(51) Cass. Soc. 11 mars 1964, *Liaisons sociales*, 9 juin 1964, Bull. Civ. IV.189.

(52) Paris 13 juillet 1949, D.S. 1949 p. 309, concl. Dupin ; J.C.P. 1949. II.5013 ; S. 1949.II.83 ; et sur pourvoi, Cass. Soc. 27 mars 1952, S. 1952.I.179.

mesure où la faute consisterait dans la participation à une grève illicite. L'examen auquel se livre le juge en caractérisant la faute recouvre donc tout le droit de grève.

Dès lors, tout est fonction de cas d'espèce, comme l'affirme le Conseil d'Etat : « la faute lourde doit être appréciée dans chaque cas individuel » (53). A cause de ce caractère subjectif, il ne peut y avoir de véritable définition de la faute lourde : tout au plus peut-on donner quelques éléments d'appréciation. « Faute caractérisée, d'une gravité particulière, qui en principe, révèle l'intention de nuire », dit le Conseil d'Etat (avis précité). La plupart du temps cependant, la jurisprudence qualifie de faute lourde une atteinte aux libertés publiques commise par le salarié et l'on retrouve ici l'idée générale selon laquelle l'exercice d'une liberté individuelle n'a d'autre limite que la liberté des autres individus. Le droit de grève est une liberté, mais trouve sa limite dans la liberté des autres salariés et de l'employeur.

Ainsi, constitue une faute lourde l'atteinte au droit du travail d'autres salariés, car le droit de grève comporte aussi, en sens inverse, le droit de ne pas faire grève, c'est-à-dire le respect de la liberté du travail. Les atteintes à la liberté du travail, par violences, voies de fait, menaces, manœuvres frauduleuses ayant pour but de faire cesser le travail ou d'en prolonger l'arrêt, sont d'ailleurs sanctionnées par l'article 414 du Code Pénal. La Cour de Cassation a réprimé à de nombreuses reprises l'entrave à la liberté du travail (54).

L'atteinte à la liberté du travail se manifeste généralement par des actes de nature à mettre en péril la sécurité des personnes et des installations. Dans l'arrêt du 25 mai 1951, les actes qualifiés de fautes lourdes avaient pour but d'empêcher le fonctionnement des services de sécurité de l'entreprise ; dans celui du 27 janvier 1956, les grévistes pour arrêter les manœuvres d'un train, déposaient des planches et des madriers sur la voie. « L'abandon de l'outil », pour employer une terminologie du monde ouvrier, est très grave parce qu'il porte atteinte à la liberté du travail des autres salariés et peut créer de grands dangers pour leur vie et leur sécurité. Le refus de prendre les mesures de sécurité qui s'imposent est considéré comme une faute lourde (Cass. Soc. 14 juin 1958).

(53) Avis du 31 mai 1950, D. 1950 p. 108.

(54) Par exemple : Cass. Soc. 25 mai 1951, D.S. 1951 p. 473 ; Cass. Soc. 27 janvier 1956, D.S. 1956 p. 222.

Pourtant, la Cour de Cassation concilie cette exigence avec l'exercice du droit de grève : dans un arrêt du 30 janvier 1958, elle a d'abord rappelé que « le congédiement d'un salarié motivé par simple fait de grève, revêt un caractère abusif ». Ce point est bien établi : le licenciement dicté par le désir de sanctionner l'exercice du droit de grève a un caractère abusif justifiant l'octroi de dommages-intérêts (55). Dans l'espèce considérée, les juges du fond avaient estimé « qu'un travailleur, qui abandonne sciemment un poste de sécurité sans prévenir son employeur se rend coupable d'une faute lourde, dont il ne saurait être excusé par sa participation à une grève même régulière dans son déclenchement et licite dans ses fins ». Tel n'a pas été l'avis de la Cour de Cassation, qui affirme au contraire que le travailleur « n'ayant pas été l'objet d'un ordre de réquisition et n'ayant reçu aucune convocation de son employeur, qui avait fait appel à l'aide du personnel militaire pour remplacer les grévistes, son abstention ne peut, en l'espèce, être considérée comme une faute lourde, de nature à rompre le contrat de travail, cette abstention ne constituant que l'exercice de sa participation à une grève licite ».

Le fait de s'absenter de son travail pour participer à une grève ne constitue donc pas, en soi, une faute lourde, même pour un salarié qui occupe un emploi de sécurité. Il faut en plus, que soit établie l'intention de nuire, c'est-à-dire l'atteinte à une liberté publique : liberté du travail, en imposant la grève aux indécis, liberté individuelle par les violences, menaces, voies de fait, intimidations, manœuvres frauduleuses, droit de propriété, par la déprédation du matériel. Pour ceux qui occupent un emploi de sécurité, il faut de leur part, un acte prouvant l'intention malveillante, tel que le refus de déférer à un ordre de réquisition (56).

En revanche, ne constituent pas des fautes lourdes les actes qui relèvent de l'exercice normal du droit de grève, qui ne sont que la manifestation de cette liberté, sans atteinte portée aux autres. Il en est ainsi de la participation à un piquet de grève lorsqu'elle ne s'accompagne pas de violence (57), de l'occupation des lieux

(55) Cass. Soc. 28 juin 1951, 6^e espèce, D.S. 1951 p. 532 ; 9 juillet 1951, D.S. 1952 p. 115 ; Cass. Soc. 3 janvier 1958, D. 1958 p. 119 ; Paris 10 mars 1964, J.C.P. 1964.II.13 627.

(56) Cass. Soc. 25 mai 1951, D.S. 1951 p. 470 ; Cass. Soc. 28 juin 1956, D. 1957 p. 26, I.C.E. 1956 p. 971 ; même solution pour un délégué du personnel ; arrêt précité du 30 janvier 1958 : solution implicite.

(57) Cass. Soc. 1^{er} juin 1951, 1^{re} espèce, Droit social 1951 p. 530.

de travail (58), d'une manifestation sans violences sur les lieux de travail après le déclenchement de la grève (59). L'occupation des lieux de travail, si elle est en elle-même un acte illicite justifiant une ordonnance d'expulsion à l'encontre des grévistes, n'est donc constitutive de faute lourde que si on peut y voir vraiment une voie de fait et une atteinte au droit de propriété (60). La jurisprudence, qui considérait ces caractères comme acquis dès lors qu'il y avait occupation des locaux de l'entreprise (61) a donc évolué ces dernières années dans un sens libéral, puisqu'elle exige des violences et menaces pour qu'il y ait faute lourde. La Cour de Cassation a même jugé que l'invasion des bureaux de la direction d'une entreprise par des groupes de manifestants ne pouvait être qualifiée de violation de domicile s'il n'y avait ni violences, effraction et menaces, ni opposition de la part de la direction (62).

Le juge cherche ainsi à concilier, autant que faire se peut, les droits de l'employeur et ceux des grévistes. En vertu d'une jurisprudence administrative bien connue, on sait qu'à la suite de l'occupation d'une usine par les grévistes, l'employeur qui a obtenu un jugement d'expulsion à leur encontre, mais se voit opposer un refus de l'Administration d'expulser par la force les grévistes, peut obtenir de l'Etat une réparation, non parce qu'il y a eu faute de la part de l'Administration, mais parce que le principe d'égalité des citoyens devant la loi a été rompu à son détriment, dans l'intérêt général (63).

La conciliation entre les libertés se fait non seulement lorsque l'Administration, tenue d'agir, s'est abstenue de le faire parce qu'il y avait danger pour l'ordre public et la sécurité, mais encore dans l'hypothèse inverse, lorsque, non tenue d'agir, elle est intervenue

(58) Cass. Soc. 11 février 1960, D. 1960 p. 603 : Attendu que la société « n'avait pu rapporter la preuve que les grévistes se fussent livrés, à aucun moment, à des menaces ou à des violences ; qu'elle avait dû reconnaître que l'occupation de locaux qu'elle leur reprochait, et qui consistait uniquement dans le fait d'avoir accompagné à travers l'usine leurs délégués se rendant à la Direction, n'avait été que momentanée... ».

(59) Cass. Soc. 20 janvier 1956, D.S. 1956 p. 287, Bull. civ. 1956.IV. n° 71 p. 50.

(60) Rouen, 22 novembre 1948, J.C.P. 1949.II.4655 ; Lyon, 21 octobre 1950, G.P. 1951.1.23.

(61) Cass. Crim. 28 juin 1951, D. 1951 p. 542.

(62) Cass. Crim. 4 décembre 1955, Bull. crim. n° 806 p. 1458 ; Droit ouvrier 1958 p. 24.

(63) C.E. 3 juin 1938, Société « La Cartonnerie et Imprimerie Saint-Charles », D. 1938.3.65 note Appleton ; S. 1939.3.9 concl. Dayras ; J.C.P. 1938.II.834 note Mihura, R.D.P. 1938 p. 375 note Jèze ; Droit social 1938 p. 241 concl. Dayras.

d'elle-même dans un conflit sous prétexte de maintenir l'ordre. Le droit de grève est une liberté, et le juge appliquant en ce domaine la jurisprudence « Benjamin » précitée, recherche si la limitation de cette liberté était nécessaire au regard du péril couru par l'ordre public. Dans un arrêt du 27 décembre 1938 « Sieur Loyeux » (64), il a rappelé que la liberté est la règle et la restriction l'exception, et a fait application de ce principe, fait remarquable, au droit de grève et à la liberté du travail tout à la fois.

« S'il appartenait, déclare-t-il, au préfet et au commissaire spécial de police placé sous ses ordres de prendre les précautions nécessaires pour éviter les rixes entre les grévistes et les ouvriers demeurés au travail et notamment de limiter à cet effet les allées et venues entre la ferme et l'extérieur, il résulte de l'instruction que le maintien de l'ordre n'exigeait pas que le personnel du sieur Loyeux se vît interdire d'une façon absolue pendant plusieurs jours l'entrée ou la sortie de la ferme et fût mis ainsi dans l'impossibilité de pourvoir aux besoins essentiels de l'exploitation ; qu'en prononçant cette interdiction, alors que les circonstances de l'espèce ne pouvaient pas légitimer une atteinte aussi grave aux libertés individuelles, les autorités chargées de la police ont commis une faute lourde en raison de laquelle le sieur Loyeux est fondé à demander à l'Etat réparation des dommages que cet acte a pu lui causer » (65).

Que ce soit, de la part de l'Administration, pour faute lourde ou pour rupture du principe d'égalité devant la loi, l'employeur dont la liberté du domicile ou le droit de propriété ont été méconnus, peut obtenir de l'Etat une réparation. Mais il faut convenir que les problèmes qui se posent au juge ne sont pas simples, car les libertés qu'il doit protéger sont contradictoires et s'opposent les unes aux autres. Le droit de grève se heurte à la liberté du travail du salarié et, le plus souvent, au droit de propriété et à la liberté du domicile de l'employeur. Voilà pourquoi, dans la qualification de la faute lourde, le juge essaie de prendre en considération le respect des libertés de chacun. La protection du droit de grève du salarié s'exerce d'une part, en ce que les tribunaux contrôlent l'existence et la qualification de la faute reprochée au travailleur,

(64) Rec. p. 985 ; D. 1939.3.27 concl. Josse, note A.H. ; Dr. social 1939 p. 24 note Leroy-Jay.

(65) Jurisprudence confirmée par la suite : C.E. 8 janvier 1943, « Société des chaux et ciments Valette-Vialard » et « Société d'entreprises Léon Baloot et autres », Rec. p. 5, S. 1943.3.19 concl. Odent, D. 1944 p. 161 concl. Odent ; C.E. 7 mai 1947, Société des Brasseries de la Meuse, Rec. p. 180.

d'autre part, en ce qu'ils déclarent abusive, au cas de faute légère, la sanction constituée par le licenciement. Il en résulte que la faute du travailleur doit être personnelle et individualisée ; son indépendance et sa spécificité par rapport à d'autres fautes retenues contre l'ensemble des grévistes, doivent être établies (66).

Dans un arrêt du 5 mai 1960 (67), la Chambre Sociale a appliqué cette jurisprudence à des délégués du personnel qui avaient participé à une grève sans observer la procédure prévue par une convention collective. Seule, la participation des délégués à la grève était établie : cela ne saurait constituer en soi une faute lourde, car « il n'a pas été argué ni offert en preuve que les délégués et membres du comité d'entreprise aient, par leur ascendant, leur activité ou leurs manœuvres, organisé ou déclenché la grève, ni que par leur fonction vis-à-vis de la direction, en tant que porte-parole de leurs camarades, ils aient eu autorité sur les ouvriers et le pouvoir de s'opposer à leur décision ». Pour qu'il y ait faute lourde, l'ouvrier doit avoir violé délibérément et sciemment la clause de la convention collective, c'est-à-dire non seulement connaître les stipulations de cette clause (du fait qu'existe une convention collective, il est censé les connaître), mais surtout savoir si les délais et procédures prévus ont été effectivement observés, ce qui n'est pas certain s'il travaille sur un chantier ou dans un atelier éloignés du siège de l'entreprise, et si les discussions sont menées loin d'eux.

Telle est la solution que retient la Chambre sociale dans plusieurs arrêts : est-il établi que le gréviste, « délégué du syndicat et promoteur de la grève, avait violé délibérément la clause de la convention collective imposant un délai de réflexion de huitaine avant de déclencher une grève » (68), ou encore qu'il a « participé sciemment » à une grève déclenchée pendant le déroulement normal d'une procédure de conciliation et alors que l'attention des salariés avait été attirée sur cette situation ? (69). Il y a faute lourde, justifiant la rupture du contrat de travail.

Au contraire, un ouvrier « qui n'était pas responsable des erreurs de procédure des syndicats, ne pouvait être congédié à moins

(66) Cass. Soc. 25 avril 1952, D. 1953 p. 54, D.S. 1952 p. 533 ; Cass. Soc. 28 octobre 1954, D. 1955 p. 84 ; Cass. Soc. 20 mai 1955, D. 1956 Som. 47 ; Cass. Soc. 20 janvier 1956, D.S. 1956 p. 2878 ; Cass. Soc. 15 février 1961 D.S. 1961 p. 297.

(67) J.C.P. 1960.II.11 692, 5^e espèce, note Lindon.

(68) Cass. Soc. 14 janvier 1960, J.C.P. 1960.II.11 692, 2^e espèce.

(69) Cass. Soc. 5 mai 1960, précité, 6^e espèce ; voir note 67.

d'agissements personnels, constitutifs de faute lourde, laquelle n'était pas caractérisée en l'espèce par l'obéissance par solidarité à un ordre de grève » (70). Cela ne saurait suffire pour alléguer qu'il avait « enfreint sciemment » les dispositions de la convention collective.

Faute personnelle et d'une gravité prononcée, par l'atteinte portée aux droits et libertés d'autrui, tels sont les caractères généraux de la faute lourde du travailleur qui prend part à une grève licite. Mais toute grève, pour être licite, doit satisfaire à un certain nombre de conditions. Aussi le juge, outre l'examen du comportement individuel de chaque gréviste, doit-il vérifier également si l'arrêt de travail auquel il s'est livré entraine bien dans les limites du droit de grève.

B. — Certains ont contesté l'existence de limites, se fondant sur la distinction entre les moyens et le but de la grève. Les moyens utilisés par les grévistes sont-ils illicites ? Une répression est prévue par les articles 414 et 415 du Code pénal. Est-ce le but de la grève que l'on prétend sanctionner ? Mais alors, toute grève cherche à nuire à l'employeur : elle n'existe que parce qu'elle est un droit de nuire, et il est inutile de reconnaître le droit de grève, si l'on veut qu'il ne fasse de tort à personne. Pour eux, le droit de grève deviendrait le « droit à la grève ». Les syndicats, peut-être par réaction contre un siècle de luttes et traditions hostiles, soutiennent volontiers ce point de vue, et la reconnaissance constitutionnelle du droit de grève leur a permis d'entretenir une sorte de mystique de la grève.

Mais, si l'on envisage ce problème dans le cadre du respect des libertés publiques, il est difficile de suivre jusqu'au bout les tenants d'une telle conception. Ou alors, il faudrait admettre que la grève est un droit absolu et illimité de la collectivité ouvrière, s'imposant à tous autres droits et libertés. Dès lors, il ne pourrait y avoir aucune harmonisation entre le droit de grève et les autres droits, puisqu'on poserait comme postulat que le droit de grève est supérieur à tous.

Or, si le droit de grève est, certes, une liberté, il n'est qu'une liberté parmi d'autres, et il faut le replacer dans l'ensemble des libertés. L'exercice des libertés publiques sera à la fois son fondement et sa limite. Il ne peut donc être absolu. D'ailleurs, sur le plan purement juridique, affirmer un droit, c'est nécessairement le dé-

(70) Cass. Soc. 5 mai 1960, 3^e espèce ; dans le même sens, 4^e espèce.

limiter puisque, par sa nature même, le droit est énonciateur de ses limites. Donc, à partir du moment où on affirme que la grève est un droit, on accepte par là-même que des conditions ou des restrictions soient fixées à son exercice. Ainsi apparaît la notion d'abus de droit, consacrée par une formule identique — fait remarquable — dans la jurisprudence judiciaire et la jurisprudence administrative : « La reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent être apportées à ce droit, comme à tout autre, en vue d'en éviter un usage abusif » (71).

Cette notion d'abus dans l'exercice du droit de grève n'est pas sans réagir sur la protection accordée au salarié. En effet, tout d'abord, la grève peut être abusive dans son but, lorsqu'elle vise une autre fin que la défense des intérêts professionnels des travailleurs. La Cour de Cassation affirme constamment l'illicéité de la grève qui n'a pas pour objet la modification ou l'amélioration des conditions de travail (72). C'est le cas de la grève politique, que nombre d'arrêts condamnent, et qui est motivée par le désir de protester contre des actes et des décisions pris par la puissance publique, n'ayant pas d'incidence directe sur l'existence des travailleurs. Elle se présente généralement comme une protestation contre l'ordre établi et contre le gouvernement légal, et une liberté accordée pour

(71) *Cour de Cassation*. Ch. Civ. S. Soc. 11 décembre 1957, D.S. 1957 p. 628 ; 23 avril 1959, D. 1959 p. 513 ; 18 décembre 1959, Bull. civ. IV.1016 ; 5 octobre 1960, D. 1960 p. 710, D.S. 1961 p. 112.

Conseil d'Etat : 7 juillet 1950, Dehaene, Rec. p. 426, D. 1950 p. 538 note Gervais ; S. 1950.3.109, note J. D. V. ; R.D.P. 1950 p. 691, concl. Gazier, note Waline ; J.C.P. 1950.II.5681, concl. Gazier ; R.A. 1950 p. 366, concl. Gazier, note Liet-Veaux ; D.S. 1950, p. 317, concl. Gazier.

— 18 mars 1956 : Hublin, Rec. p. 117 ; A.J.D.A. 1956.II.222, chr. Fournier et Braibant ; R.D.P.A. 1956 p. 84, chr. Gaudemet.

— 28 novembre 1958 : Lépouse, Rec. 546 ; D. 1959 p. 263, note Quermonne ; R.D.P. 1959 p. 306, note Waline ; A.J.D.A. 1958 p. 128, chr. Combarnous et Galabert.

— 10 juin 1959 : Syndicat national des personnels des préfectures, Rec. p. 354.

— 26 octobre 1960 : Syndicat général de la navigation aérienne, Rec. p. 507, D.S. 1961 p. 100, concl. Fournier ; Droit ouvrier 1961 p. 38, concl. Fournier, note Piquemal.

— 24 février 1961 : Isnardon, Rec. p. 150 ; A.J.D.A. 1961.I.204, chr. Galabert et Gentot ; D.S. 1961 p. 356, note J. Savatier.

— 19 janvier 1962 ; Bernadet, Rec. p. 49 ; D. 1962 p. 202 note Leclercq.

(72) Cass. Soc. 23 mars 1953 D. 1954 p. 89 note Levasseur, J.C.P. 1953. II.7709 note Delpech ; Cass. Soc. 14 octobre 1954, D.S. 1955 p. 162 ; 22 octobre 1954, D.S. 1955 p. 37 ; 4 mai 1956, D. 1956 p. 487, J.C.P. 1956.II.9422, S. 1956 p. 58 ; 3 mars 1956, J.C.P. 1956.II.9552 ; 20 février 1959, D.S. 1959 p. 412 ; D. 1960 Som. p. 20 ; 5 octobre 1960, D. 1960 p. 710 ; D.S. 1960 p. 112 ; 1^{er} mars 1961, D. 1961 p. 420 ; 10 mars 1961, D.S. 1961 p. 363.

une certaine finalité est ainsi détournée de sa destination normale. C'est pourquoi juge judiciaire et juge administratif sont unanimes à la déclarer illicite (73).

Il en résulte une conséquence très grave pour le salarié : la grève politique étant illicite, et donc abusive, le seul fait d'y participer est considéré par la jurisprudence comme constituant en soi une faute lourde justifiant le congédiement de l'employé. Du moins est-ce la tendance la plus affirmée en jurisprudence, et il y aurait tout lieu d'y souscrire sur le plan juridique, s'il n'était particulièrement difficile dans la réalité d'opérer la distinction entre grève à caractère professionnel et grève à caractère politique (et d'une manière générale grève à caractère non professionnel). Si certains auteurs approuvent la distinction, et la condamnation de la grève politique (74), d'autres fondent leurs critiques sur la nécessaire union (on devrait presque dire « imbrication ») de l'économique et du politique dans les Etats modernes et dans la vie, sinon dans l'esprit, des travailleurs (75). Strictement professionnel à l'origine, un arrêt de travail peut, par son importance, son ampleur ou sa gravité, avoir des répercussions, sur le plan politique et même causer la chute du gouvernement. « Tout se tient : l'économie et la politique, le privé et le public » écrit le professeur Charlier (76).

Aussi, en cas de doute sur le but de la grève, le juge recherche-t-il la fin principale du mouvement, c'est-à-dire son aspect dominant. Si la grève poursuit essentiellement une fin étrangère au domaine des intérêts des travailleurs, et que les revendications d'ordre professionnel n'ont qu'un rôle secondaire ou ne servent que de prétexte, le juge conclut à l'existence d'une grève politique (77). En particulier, le juge affirme le caractère politique d'une grève qui prend l'aspect d'une protestation contre la politique générale du Gouvernement à l'occasion de l'arrestation de dirigeants syndi-

(73) C.E. 18 février 1955, Bernot (Rec. p. 97) ; 12 octobre 1956 (Rec. p. 362) ; Cour de Cassation : aux décisions mentionnées ci-dessus, on peut ajouter : Cass. Soc. 4 octobre 1956, D. 1957 Som. p. 51 ; 22 juin 1957, D. 1957 p. 675, S. 1957 p. 411 ; 11 octobre 1957, D.S. 1957 p. 628 ; 5 avril 1957, J.C.P. 1957.II.10 137.

(74) DURAND-VITU III n° 269 ; P. DURAND : « Le régime juridique de la grève politique », D.S. janvier 1953 p. 22 ; G.-H. CAMERLYNCK, Rép. Dalloz.

(75) CHARLIER : « Le droit constitutionnel de la grève », J.C.P. 1948.I.729 ; BOITEL : « Pour la licéité de la grève politique », Droit ouvrier 1952 p. 293 ; LYON-CAEN : « Manuel », n° 126.

(76) Chronique précitée.

(77) Cass. Soc. 3 mars 1955, J.C.P. 1956.II.9552 ; 12 octobre 1960, Bull. civ. IV p. 655.

caux (78), bien que les préoccupations professionnelles, telles que blocage des salaires ou compression du personnel, ne soient pas, dans l'esprit des grévistes, complètement étrangères à l'ordre de grève.

Mais alors, il apparaît bien difficile de dissocier ces éléments et d'apprécier lequel a joué un rôle prépondérant car, si l'on conçoit que l'illicéité d'une grève politique doit être davantage ressentie par le travailleur que celle ayant trait au non respect des formes légales dans le déclenchement, comment le juge peut-il affirmer que pour tel travailleur déterminé, le but politique a prévalu sur le but professionnel et inversement ? En d'autres termes, c'est sur le plan collectif que l'on peut relever le caractère politique ou non de la grève : il peut exister une faute lourde collective, lorsqu'on apprécie les caractères généraux du mouvement de grève, mais cela ne veut pas dire que chaque participant commet une faute lourde (79).

On regrettera dès lors que la jurisprudence admette que la participation à une grève politique ou, ce qui revient au même, à une grève « mixte » à dominante politique, constitue par elle-même une faute lourde pour tous les grévistes, quels qu'ils soient. « On peut douter, écrit le professeur Givord, de l'exactitude d'une solution à la fois aussi arbitraire et aussi brutale qui nous paraît méconnaître le principe de la personnalité des fautes » (80). Observant qu'en droit pénal, une distinction tend à être opérée, en matière de « crime de foules », entre les « meneurs » et les « menés », l'auteur souhaite que cette distinction soit étendue, en droit du travail, au domaine de la grève, surtout dans l'interprétation de l'art. 4 de la loi du 11 février 1950. Ici l'injustice naît de ce que, jugeant un gréviste et non la grève, le juge est conduit à apprécier le comportement de l'ensemble des grévistes, et en déduit que chaque gréviste se comporte nécessairement comme la collectivité.

De cette sévérité, due à son désir de ne pas s'immiscer dans le domaine politique et de ne pas s'opposer au gouvernement en déclarant licites des arrêts de travail qui opposent, sur des points déterminés, les grévistes aux pouvoirs publics, le juge tend à se départir quelque peu. En effet, sa timidité dans la protection du salarié vient ici, semble-t-il, de l'opposition qui existe sur le plan

(78) Cass. Soc. 8 janvier 1959, G.P. 1959.I.203 ; Cass. Soc. 10 mars 1961, D.S. 1961 p. 363.

(79) Cf. GIVORD : « La notion et la licéité de la grève dans la jurisprudence contemporaine », D.S. 1961 p. 29.

(80) Chronique précitée, p. 35.

politique, entre les grévistes et les pouvoirs établis. A partir du moment où l'arrêt de travail se produit non plus contre le gouvernement, mais en sa faveur, il n'y a plus à craindre de complications sur le plan politique, ni de choix à opérer : le juge n'hésite plus à protéger le salarié et déclare qu'il n'y a pas faute lourde. On sait que le 1^{er} février 1960 et le 24 avril 1961, des grèves ont eu lieu à la demande du Gouvernement et à l'appel du Président de la République, par fidélité au régime établi, et pour s'opposer à un soulèvement. Dans un arrêt du 19 juin 1963, la Cour de Cassation a décidé que le mouvement auquel avait participé le gréviste était dicté par un souci d'opposition à l'action de la rébellion et de défense des institutions républicaines ; loin d'être illicite, il correspondait dans ces conditions, « à un sentiment élevé du devoir » et le licenciement du salarié pour ce seul motif était abusif (81).

Si l'on se place sur le terrain du pouvoir disciplinaire de l'employeur, on constate que la grève est licite lorsqu'elle est la traduction, pour le salarié, d'une obligation supérieure et, en tous cas, plus impérieuse que celle qui résulte du contrat de travail. C'est déjà la véritable justification de la grève : si elle suspend le contrat, c'est parce qu'elle défend les intérêts professionnels, but supérieur, pour le salarié, à l'exécution de son contrat. Mais là se trouve également le critère de la condamnation ou de la justification de la grève politique : faite contre les pouvoirs publics, elle ne se justifie, au moins dans l'immédiat, par aucune obligation supérieure à l'exécution du contrat de travail. Sauf circonstances exceptionnelles, les institutions et le gouvernement d'un pays sont ceux que le peuple s'est donné librement et l'on ne peut s'y opposer qu'en vertu de règles et de procédures préétablies. Au contraire, faite en faveur du gouvernement et à sa requête, la grève traduit à l'intérieur du même individu, la suprématie du citoyen sur le travailleur. L'exercice de la liberté civique justifie l'interruption du travail et une fois encore, l'argument tiré de l'exercice des libertés individuelles du travailleur explique la licéité de la grève, et donc l'illicéité du congédiement.

Telle est d'ailleurs l'opinion de M. G. Lyon-Caen, pour lequel « plutôt que sur la licéité de telle ou telle forme de grève, (l'arrêt) se prononcerait sur les limites existant au pouvoir disciplinaire de l'employeur. Une limite bien connue est constituée par le respect des libertés publiques ou privées du salarié. En voici une nouvelle :

(81) Cass. Soc. 19 juin 1963, D. 1963 p. 686, note Lyon-Caen ; J.C.P. 1963. II.13 428, note H. Sinay.

l'ordre de l'autorité publique légitime ou, si l'on préfère, le devoir civique. Lorsqu'il y a conflit entre l'intérêt de l'Etat et l'intérêt de l'entreprise, le premier l'emporte et le pouvoir de l'employeur (lui-même assujéti aux ordres du gouvernement) fléchit devant le commandement de l'autorité politique : le devoir civique est de désobéir à l'employeur, par exemple, en suspendant son travail » (82).

Enfin, si la grève politique d'opposition est constitutive d'une faute lourde pour le travailleur, dispensant l'employeur du préavis et le déchargeant de toute responsabilité pour rupture abusive, encore faut-il qu'il s'agisse d'une véritable grève, et non d'un bref arrêt de travail. Ceci revient à dire que la jurisprudence prend en considération la brièveté de la cessation du travail, lorsque la sanction apparaîtrait par trop disproportionnée. Dans un arrêt du 13 janvier 1960, la Cour de Cassation a estimé qu'un ouvrier qui, parmi d'autres, avait interrompu son travail pendant un court laps de temps (10 à 25 mn) pour appuyer une pétition présentée par une délégation à l'Assemblée Nationale, sans incident quelconque ni entrave à la liberté du travail, avait certes commis une faute et que son congédiement n'était pas abusif, mais que cette faute n'était pas suffisamment grave au point de le priver des indemnités de préavis, congés payés et congédiement (83).

Toutefois, l'ère des hésitations n'est pas close, sur ce point, car, dès le 5 octobre 1960, la Cour de Cassation a réaffirmé que « la seule participation à une grève qui n'a pas pour objet la modification ou l'amélioration des conditions de travail constitue une faute lourde imputable au salarié au sens de l'article 4 de la loi du 11 février 1950 » (84). La sévérité de la jurisprudence semble donc se maintenir, quant aux conséquences de la grève politique sur la situation du travailleur.

Manifestation la plus courante de la grève extra-professionnelle, la grève politique, sous réserve de ces quelques cas particuliers, est également celle qui entraîne les suites les plus graves pour le salarié. Aussi la sévérité se limite-t-elle à la seule grève politique ; lorsqu'il est établi que l'arrêt de travail peut avoir pour objet, fût-il lointain, l'amélioration ou la modification des conditions de travail, la jurisprudence en admet la licéité, même si le travailleur n'est pas directement et immédiatement concerné par le but de la grève. C'est le cas de la grève dite « de solidarité » motivée

(82) Note sous arrêt précité du 19 juin 1963, D. 1963 p. 688.

(83) Cass. Soc. 13 janvier 1960, D. 1960 Som. p. 35 ; D.S. 1960 p. 492.

(84) Cass. Soc. 5 octobre 1960, D. 1960 p. 710 ; D.S. 1961 p. 112.

par la défense d'intérêts professionnels de salariés autres que les grévistes eux-mêmes. Malgré certaines condamnations doctrinales (85) et certains exemples étrangers contraires (aux U.S.A., la grève de solidarité — de « sympathie » — est déclarée déloyale par la loi Taft-Hartley), la Cour de Cassation reconnaît la licéité de la grève de solidarité. Dès 1937, elle penchait en faveur de la suspension du contrat de travail et non de la rupture, comme sa jurisprudence ordinaire l'y aurait incité (86). Depuis le vote de la loi du 11 février 1950, elle décide que la participation à une grève de solidarité ne constitue pas une faute lourde (87).

La jurisprudence interprète donc la notion d'intérêt professionnel dans un sens extensif, allant de la légitime défense du salarié à la défense d'une branche professionnelle ou d'une catégorie de travailleurs. Ne sont pas constitutives de faute lourde les grèves ayant pour objet d'obtenir : l'exécution par l'employeur de ses obligations (par exemple le paiement des salaires arriérés) (88), une augmentation de salaire, même si la somme réclamée est supérieure à celle qui est prévue par la réglementation en vigueur, bloquant les salaires (89), ou la modification de la réglementation relative au taux de change (90). Fait remarquable dans cette dernière espèce, comme le reconnaît le juge, il n'y avait aucun conflit entre les salariés et l'employeur, et l'arrêt de travail tendait à obtenir, par une pression sur le gouvernement, un avantage indépendant du travail fourni à l'employeur. Et pourtant, la grève des ouvriers frontaliers belges a été reconnue légitime, car elle avait pour but l'amélioration de la rémunération du travail, par le désir d'obtenir une bonification de change destinée à compenser l'incidence de la dévaluation du franc français sur leurs salaires.

C. — Libérale quant au but de la grève, la jurisprudence l'est également en ce qui concerne ses modalités. Observant « qu'aucun texte légal ou réglementaire ne précise les formes que doivent revêtir des arrêts de travail pour constituer la grève prévue par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et par l'article

(85) BRUN et GALLAND III. 173 ; DURAND : « Nouvelles contributions au droit jurisprudentiel de grève », D.S. 1952 p. 529.

(86) Cass. Civ. 15 juin 1937, D. 1938 p. 23, note Rouast.

(87) Cass. Soc. 26 juin 1952, D.S. 1952 p. 534 (5^e espèce) ; 13 novembre 1954, D.S. 1955 p. 163.

(88) Cass. Soc. 12 mars 1959, D. 1959 p. 241.

(89) Cass. Soc. 21 mai 1959, Bull. civ. 1959.IV n° 594 p. 480.

(90) Cass. Soc. 15 janvier 1964, D. 1964 p. 397.

4 de la loi du 11 février 1950 » (91), elle en déduit que des arrêts de travail inopinés ou de durée variable peuvent constituer une grève, et se refuse à condamner en elles-mêmes, les différentes formes de grève : débrayage, grève partielle, successive, tournante, perlée, surprise... (réserve faite de la grève tournante, prohibée dans les services publics par l'article 4 de la loi du 31 juillet 1963).

Le critère retenu par le juge pour qualifier ou non la grève abusive est, ici encore, l'atteinte portée aux libertés et droits des travailleurs ou de l'employeur. Sera considérée comme abusive la grève qui vise non à assurer la plus grande efficacité au mouvement entrepris, mais à désorganiser d'une façon durable et systématique la production et les services. C'est « l'intention malicieuse » et son résultat qui guident la jurisprudence : comme l'ont noté MM. Rivero et Savatier, « c'est à un élément subjectif, l'intention de nuire, révélée par un élément objectif, « la désorganisation » (et non l'arrêt) de la production qu'elle paraît se référer » (92). Devant cette désorganisation, la Cour de Cassation constate que le contrat de travail n'est pas rempli dans des conditions normales. La grève, dit-elle, consiste essentiellement en un arrêt pur et simple du travail, et elle ajoute, dans une formule que nombre d'arrêts reproduisent en des termes sensiblement identiques : « le droit pour les salariés de recourir à la grève pour faire aboutir leurs revendications professionnelles ne les autorise pas, sous le couvert de ce droit, à exécuter leur travail dans des conditions autres que celles prévues à leur contrat ou pratiquées dans la profession » (93). Elle en déduit que le gréviste « crée dans le fonctionnement de l'ensemble de l'entreprise et dans l'organisation de la production une perturbation anormale et grave, exorbitante de l'exercice du droit de grève » (94).

Ce n'est donc pas la forme de la grève, mais son caractère que le juge retient pour déclarer si elle est abusive. Ainsi, par exemple, la grève perlée est condamnée, non en elle-même, mais parce que le travail est exécuté au ralenti ou d'une manière défectueuse, c'est-à-dire dans des conditions autres que celles du contrat (95).

(91) Cass. Soc. 14 janvier 1960, J.C.P. 1960.II.11 704 ; D.S. 1960 p. 491.

(92) « Droit du travail », Thémis, P.U.F., p. 199.

(93) Cass. Soc. 18 février 1960, D.S. 1960 p. 490 ; J.C.P. 1960.II.11 704, 2^e espèce ; de même, Cass. Soc. 23 avril 1959, D. 1959 p. 513, Bull. Cass. IV. p. 425 ; 21 décembre 1960, D. 1961 p. 198 ; 13 décembre 1962, D. 1963 p. 148.

(94) Cass. Soc. 21 décembre 1960, D. 1960 p. 198.

(95) Cass. Soc. 5 mars 1953, J.C.P. 1953.II.7553, D. 1954 p. 109, S. 1953. I.199 ; Cass. Soc. 19 mars 1953, J.C.P. 1953.II.7681 ; Cass. Soc. 11 octobre 1957, Bull. civ. 1957 IV. n° 950 p. 671, D.S. 1957 p. 628 ; Cass. Soc. 22 avril 1964, J.C.P. 1964.II.13 883.

On pourra évidemment s'interroger sur la valeur d'une telle jurisprudence, puisque toute grève, par définition, traduit l'intention de nuire à la situation économique de l'entreprise. A partir de quel moment cette intention cesse-t-elle d'être honnête pour devenir malicieuse ? Bien fin qui pourrait répondre, à moins de sonder les reins et les cœurs, d'autant plus qu'en pratique tout se tient et que la grève traduit à la fois le désir de défendre les intérêts professionnels et celui de nuire à la bonne marche de l'entreprise pour faire pression sur l'employeur. Mais, précisément, le juge refuse d'entériner une condamnation « *a priori* » et se réserve, dans chaque cas d'espèce, d'examiner, compte tenu d'éléments subjectifs et objectifs, s'il y a eu ou non abus du droit de grève. Là se trouve la meilleure garantie pour le travailleur : aucune grève n'est en principe illicite ni dans le secteur privé, ni dans les services publics. Ce sont les caractères qu'elle revêt dans chaque cas particulier (absence d'avertissement préalable, déclenchement brutal et inopiné, désorganisation de la production, perturbation anormale et grave, raffinement dénotant l'intention malicieuse) qui permettront au juge de se prononcer sur sa licéité (voir par exemple pour la liberté d'une grève tournante à la S.N.C.F. (96).

Bien souvent d'ailleurs, des conventions collectives prévoient l'écoulement d'un certain délai entre la décision de se mettre en grève et l'arrêt effectif du travail. Lorsque cette clause n'est pas respectée, la grève a un caractère illicite, mais on a vu que seuls les promoteurs de la grève commettent une faute lourde (97). La distinction prétorienne entre les « meneurs » et les « menés » est une preuve du caractère libéral de la jurisprudence et confirme son rôle positif dans la protection du droit de grève des salariés (98).

Si l'on ajoute que la charge de la preuve soit de la faute lourde du salarié, soit du caractère abusif de la grève, incombe à l'employeur (99) et que la Cour de Cassation contrôle le bien-fondé de ces qualifications (100), on voit que la jurisprudence joue en définitive un rôle efficace dans la protection du travailleur. Les règles dégagées par le juge traduisent son souci de garantir cette liberté

(96) Cass. Soc. 2 mars 1960, D.S. 1960 p. 421.

(97) Cass. Soc. 14 janvier 1960, J.C.P. 1960.II.11 692 note Lindon.

(98) Voir également Cass. Soc. 5 mai 1960, D.S. 1960 p. 551, J.C.P. 1960. II.11692, 5^e espèce.

(99) Art. 4, loi 11 février 1950 ; Cass. Soc. 12 mai 1960, Bull. civ. IV n° 493.

(100) Cass. Soc. 28 décembre 1951, G.P. 1952.I.166.

essentielle pour le salarié qu'est le droit de grève, tout en sauvegardant les libertés des autres et celles de l'employeur. Fondement et limite du droit de grève, le respect des libertés de chacun est pour le juge le moyen d'affirmer que l'homme au travail conserve sa liberté d'opinion et d'expression.

4. Liberté syndicale et droit de grève sont les manifestations les plus marquantes de la *liberté d'opinion* du travailleur. Celui-ci est libre d'adhérer aux idées politiques, philosophiques et religieuses de son choix, et la seule opinion ne saurait justifier un congédiement. Mais juridiquement, le problème ne se pose qu'en ce qui concerne la manifestation de cette opinion, c'est-à-dire son expression.

A cet égard, l'entreprise étant par définition un bien de travail, on conçoit que sa neutralité doive être respectée, et que l'on n'y puisse tolérer ni activité syndicale ni activité politique. Y sont interdits tous rassemblements, réunions, propagandes, distributions de tracts, lectures de journaux, et même la seule introduction de journaux dans l'enceinte de l'entreprise (101). Seul est prévu, dans les locaux de l'entreprise, l'affichage des communications syndicales à caractère professionnel, sur des panneaux réservés à cet effet (102).

Mais, sorti de l'entreprise, le travailleur retrouve sans réserve sa liberté d'opinion et d'expression. En dehors de son travail, il peut exercer les libertés publiques reconnues à tout citoyen, et c'est sur ce terrain que se pose le problème de la protection de la liberté d'expression du travailleur.

Le congédiement est abusif, lorsqu'il se fonde sur l'expression de telle ou telle opinion du salarié (103). En d'autres termes, la violation de la liberté d'expression comme motif de congédiement suffit pour que la jurisprudence considère que le renvoi est abusif (104).

(101) Cass. Soc. 20 décembre 1961, I.C.E. 1962 p. 332 : le règlement intérieur, il est vrai, prévoyait cette hypothèse.

(102) Voir J. SAVATIER : « L'affichage des communications syndicales dans les locaux de l'entreprise », D. 1962 chr. p. 207.

(103) Cf. M. DESPAX : « La vie extraprofessionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail », J.C.P. 1963.I.1776.

(104) « Si le congédiement a pour cause, non une incapacité professionnelle ni une mesure de réorganisation, mais une mésentente d'ordre idéologique sans incidence sur la marche du service et l'activité de l'entreprise, l'employeur agit avec une légèreté blâmable en rompant le contrat pour une cause étrangère au travail. » (Cass. Soc. 10 décembre 1959, Droit ouvrier 1960 p. 390).

a) Il est fréquent de nos jours, que des atteintes soient portées *directement* à la liberté d'opinion du salarié, car l'employeur sait, lorsqu'il le faut, cacher une incompatibilité d'humeur, de sentiment ou d'opinion, derrière des mesures de réorganisation du service. Il n'ignore pas que la jurisprudence, lorsque la preuve du véritable motif de congédiement peut être fournie, sanctionne toujours une rupture fondée sur des raisons idéologiques.

1. Est abusif, le congédiement motivé par l'activité politique du salarié (105), par l'opposition politique du directeur d'une régie d'Etat (106), par le rôle qu'a joué le salarié dans la Résistance (107); de même, ne sauraient justifier un licenciement, une conversation qui s'est déroulée dans la rue et ne concernait pas les rapports de travail (108), la déclaration faite à un journal par une ouvrière à domicile se bornant « à exprimer son opinion personnelle sur la vie des ouvrières à domicile et à en souligner le caractère peu rémunérateur » (109).

La mise à pied, pour violation du règlement intérieur, de l'employé d'une compagnie de tramways, alors que celui-ci, empruntant pendant ses loisirs un tramway de la compagnie, adressait la parole au machiniste, est une sanction abusive, car le fait reproché « avait été commis alors qu'étant en congé et hors de l'entreprise, il avait cessé d'être sous l'autorité de son employeur » (110).

2. La jurisprudence va plus loin encore et protège la liberté d'opinion et d'expression du travailleur lorsqu'elle constitue l'exécution d'une obligation légale ou quand elle traduit le souci de se prévaloir soit de dispositions légales, soit de promesses faites par l'employeur. Ainsi le fait d'avoir témoigné en justice dans une instance où son employeur était en cause ne peut justifier le congédiement d'un salarié, car « le témoignage en justice constitue une obligation légale que l'employeur ne saurait, sans abus, reprocher à son salarié d'avoir respectée » (111). Il en est de même lorsque

(105) Cass. Soc. 28 décembre 1945, G.P. 1946 p. 181.

(106) Cass. Soc. 5 janvier 1945, D.S. 1946 p. 36, note Carbonnier.

(107) Cass. Soc. 19 mai 1949, Bull. 1949 n° 540 p. 626.

(108) Trib. civ. Seine 5 janvier 1955, I.C.E. 1956 p. 26.

(109) Cass. Soc. 6 mai 1955, D.S. 1955 p. 436, I.C.E. 1955 p. 763, G.P. 1955.2.33.

(110) Cass. Soc. 27 octobre 1959, Droit ouvrier 1960 p. 320.

(111) Cass. Soc. 26 juin 1948, Bull. 1948 n° 644 p. 676 ; Cass. Soc. 1^{er} mars 1961, I.C.E. 1961 p. 938.

le salarié exprime son intention de consulter l'Inspecteur du Travail (112), montre son désir de voir appliquer un tarif de salaire (113) ou rappelle à l'employeur qu'il n'a pas encore reçu l'augmentation promise (114). Dans cette espèce, l'employé, après avoir demandé le respect de la promesse donnée, avait été congédié pour des raisons de réorganisation qui se révélèrent fausses par la suite, le remplaçant ayant été affecté exactement au même emploi. D'ailleurs le juge sanctionne toujours les fausses réorganisations ou suppressions d'emploi, déduisant le caractère fallacieux de ce motif, de l'embauche immédiate d'un nouveau salarié pour occuper l'emploi même du salarié congédié (115).

Ainsi, en dehors des heures de travail, le salarié a le droit d'exprimer librement ses opinions et, pendant le travail, peut se prévaloir de dispositions légales ou conventionnelles, sans que cela justifie son congédiement. La seule limite, ici encore, est le respect des libertés des autres salariés ou de l'employeur. Le licenciement n'est pas abusif lorsque le salarié, en connaissance de cause, s'associe à un écrit erroné et tendancieux, qui contient des propos outrageants pour son employeur (116).

3. Un problème particulier se pose lorsque la liberté d'opinion et d'expression va de pair avec l'exercice d'une autre liberté et que toutes deux entrent en conflit avec les intérêts de l'entreprise. Il peut s'agir tout d'abord de la liberté du citoyen, dans l'exercice d'un mandat électif : la loi du 2 août 1949 dispose que l'absence du salarié due à l'accomplissement des fonctions de membres de conseils généraux, municipaux ou de membres de conseils d'administration de la Sécurité Sociale ne peut être une cause de rupture de contrat de travail. Protégeant les intérêts du travailleur la jurisprudence interprète largement ce texte, en décidant par exemple, que ne commet pas de faute un salarié, conseiller municipal de sa commune, qui, malgré le refus de l'employeur, a quitté l'usine pour se rendre (sur convocation du maire) à une réunion à la mairie (117).

(112) Cass. Soc. 28 mai 1954, I.C.E. 1955 p. 119.

(113) Cass. Civ. 14 janvier 1950, Bull. 1950 III n° 48 p. 32.

(114) Cass. Soc. 13 novembre 1958, Bull. civ. 1958, IV, n° 1176 p. 894.

(115) Cass. Soc. 19 mai 1964, D. 1964 p. 520 ; J.C.P. 1964.II.13748 note G. H. C.

(116) Cass. Soc. 21 mai 1959, Droit ouvrier 1960 p. 390.

(117) Cass. Soc. 17 février 1960, I.C.E. 1960 p. 299.

Plus délicates apparaissent les manifestations de la liberté d'expression en matière politique lorsque le salarié exerce un métier bien déterminé comme celui de journaliste professionnel. Entrent alors en ligne de compte des éléments aussi différents que la liberté de la presse, la liberté civique et politique du salarié, la liberté d'expression et de diffusion qui appartient à l'employeur. L'importance du problème tient au rôle joué par le journal sur l'opinion publique. Un journaliste peut-il briguer un mandat parlementaire sous telle étiquette, alors que son journal propage des idées différentes ? La situation du journaliste ne risque-t-elle pas alors de rejaillir sur celle du journal lui-même, et par conséquent sur l'audience que reçoit ce dernier ?

La jurisprudence a eu à connaître récemment d'un tel litige. Un journaliste appartenant à la rédaction d'un quotidien régional de caractère apolitique, s'était présenté aux élections sénatoriales, sous l'étiquette « indépendant paysan ». Devant cette candidature, la direction lui avait demandé de démissionner, mais il avait refusé. Puis, battu aux élections, il avait été muté comme correspondant du journal dans une autre localité, mais refusa également cette mutation. Au contraire de l'employeur qui considérait que ce refus équivalait à une démission, le journaliste y voyait un licenciement et demandait le versement d'indemnités diverses, pour préavis, congés payés et congédiement abusif.

Sur le plan juridique, s'opposaient deux principes : celui figurant dans le Préambule de la Constitution, selon lequel « nul ne peut être lésé dans son travail à raison... de ses opinions et de ses croyances » et celui, édicté par l'article 3 de la convention collective nationale des journalistes qui, après avoir rappelé que ceux-ci jouissent de la liberté d'opinion, stipule que « l'expression publique de cette opinion ne doit en aucun cas porter atteinte aux intérêts de l'entreprise de presse à laquelle ils appartiennent ». Lequel de ces deux principes allait prévaloir : liberté d'opinion du journaliste ou fidélité au journal, celle-ci se traduisant par la reconnaissance de certains droits au profit du journaliste, en cas de changement d'orientation politique du journal (art. 29 e livre I Code du Travail), mais également, en contrepartie, par l'existence de griefs légitimes à l'encontre d'un journaliste qui prend publiquement une prise de position politique de nature à nuire aux intérêts du journal.

Dans un jugement du 15 mai 1963 (118), le tribunal d'instance de Besançon devait soutenir entièrement le point de vue du jour-

(118) D. 1963 p. 753 note G. Lyon-Caen.

naliste et faire triompher la liberté politique sur l'obligation de fidélité. Après une très longue motivation, le tribunal constate que ce n'est pas le journaliste qui avait commis une faute en briguant un mandat parlementaire, mais bien l'employeur en exerçant son droit de congédiement sans motif légitime, les deux aspects de la question étant d'ailleurs liés.

Divers arguments de fait amènent le tribunal à déclarer qu'aucune faute ne peut être relevée à l'encontre du journaliste. Il n'en irait autrement que s'il défendait publiquement des opinions contraires à la tendance politique du journal. Or, tel n'est pas le cas, puisqu'il n'avait même pas mentionné, dans l'annonce de son investiture, sa qualité de journaliste, ne signait jamais ses articles et ne se livrait jamais à des manifestations verbales intempestives. Par ailleurs, la direction, lors de l'embauchage, n'ignorait pas qu'il était déjà engagé dans la vie politique, puisqu'il était maire et s'était déjà présenté aux précédentes élections sénatoriales, élections qui se déroulent en coulisse et ne donnent lieu ni à débats publics, ni à polémiques de presse. Enfin, l'appartenance politique du journaliste était semblable et, en tout cas, nullement contraire à la tendance idéologique du journal, d'autant plus que pour enlever toute confusion dans l'esprit des lecteurs, le journal avait précisé, dans un entrefilet, que son employé se présentait à titre tout à fait personnel. Pour toutes ces raisons, le juge concluait qu'il y avait eu, même compte tenu de la situation particulière du journaliste professionnel, usage normal de la liberté d'opinion et d'expression qui appartient à tout citoyen sur le plan politique, et que les indemnités de préavis et de congés payés devaient être réglées.

Bien plus, estime le tribunal, le journaliste a droit à une indemnité pour renvoi abusif, car le congédiement est motivé non par une faute professionnelle, mais par la violation de sa liberté politique. « Il y a abus de droit caractérisé, affirme le juge, lorsqu'un patron résilie un contrat en violation des principes fondamentaux de la Constitution tels que la liberté politique ou la liberté des candidatures ; il résulte à l'évidence de l'analyse des faits précités que le licenciement du demandeur — dont le journal était satisfait puisqu'il s'est plu à reconnaître la « qualité de ses services » dans une lettre... le promouvant secrétaire de rédaction — a été directement déterminé par sa candidature au Sénat ; un tel renvoi est dès lors, illégitime et empreint d'une légèreté blâmable ». Ainsi, pour le tribunal, la liberté du citoyen passe avant l'obligation du journaliste et l'employeur commet une faute en congédiant celui-ci parce qu'il n'avait fait qu'exercer sa liberté d'expression sur le plan politique.

La Cour d'Appel de Besançon n'a cependant pas suivi, sur ce point, le tribunal d'instance. Dans un arrêt du 17 janvier 1964 (119), elle a certes confirmé que le journaliste n'avait pas commis de faute grave en sollicitant un mandat sénatorial, mais s'est refusée à admettre que l'employeur en avait, lui, commis une, en le congédiant pour ce motif (ou du moins pour avoir refusé une mutation « dans l'intérêt du service » due à cette candidature). Pour la Cour, « en interdisant dans l'intérêt du journal à l'un de ses rédacteurs d'exprimer publiquement par un acte de candidature, une opinion politique, une entreprise de presse ne viole pas pour autant le principe constitutionnel susvisé » et elle ajoute, pour étayer cette affirmation : « ...pas plus que ne violent ces mêmes principes les dispositions de l'article 10 de l'ordonnance ...du 22 décembre 1958 qui fait défense aux magistrats de manifester de l'hostilité au principe ou à la forme du gouvernement de la République, de même que toutes démonstrations de nature politique incompatibles avec la réserve que leur imposent leurs fonctions ».

La Cour d'Appel semble donc plus sévère pour le journaliste, mais porte le débat sur son véritable terrain, en faisant place, outre l'employeur et le journaliste, à un troisième interlocuteur dont la présence quoiqu'invisible, est essentielle : le public, c'est-à-dire les lecteurs du journal. Une fois de plus, c'est à un dosage de libertés que se livre le juge. Si le journaliste est astreint à une sorte d'obligation de réserve, n'est-ce pas en sa qualité de fonctionnaire de l'opinion publique ? Précisément, l'opinion publique risque d'être influencée dans un sens déterminé en apprenant qu'un collaborateur du journal brigue un mandat parlementaire sous une étiquette politique bien définie. La seule candidature du journaliste peut suffire pour que le lecteur établisse une corrélation avec la tendance idéologique du journal. La plupart du temps, le lecteur achète un journal parce qu'il correspond à ses propres aspirations ; la candidature d'un collaborateur du journal peut faire changer l'opinion du lecteur et donc causer un préjudice, au moins moral, à l'entreprise de presse. Elle peut porter atteinte tout à la fois à la liberté d'opinion du lecteur en l'induisant en erreur ou en l'amenant à modifier son jugement sur le journal, et à celle de l'employeur, qui peut y voir la manifestation d'une prise de position nuisible aux intérêts du journal.

C'est pourquoi le juge d'appel n'a pas manqué de relever « qu'il résulte de la constatation du caractère apolitique du jour-

nal l'Est Républicain, que la prise de position politique et publique (sous forme de candidature aux élections sénatoriales) effectuée par Ducret, était de nature à nuire sinon aux intérêts matériels, du moins aux intérêts moraux du journal ». Cette décision, en effet, rejaillit inéluctablement sur la fonction même du journaliste, qui est d'informer le lecteur de la manière la plus objective. Peut-il dans ces conditions, rendre compte avec impartialité des contacts professionnels qu'il a eus avec des personnalités politiques locales ? « Il est bien évident, affirme la Cour, que la prise de position politique publique et notoire d'un rédacteur au sein d'un parti politique — si modéré soit-il —, risque de gêner le travail d'information impartiale et objective de ce journaliste ». Aussi une mesure de mutation dans l'intérêt du service (c'est-à-dire du journal) n'est-elle pas un abus de droit et ne révèle-t-elle ni intention de nuire, ni légèreté blâmable.

Du strict point de vue du journaliste, il est certain que le jugement du tribunal d'instance était bien plus favorable à ses intérêts que l'arrêt de la Cour d'Appel. Le congédiement étant illégitime, il pouvait prétendre à une indemnité pour renvoi abusif, fixée par le tribunal, à la somme de 6.000 F. En considérant qu'il n'y a pas abus de droit de congédiement, la Cour d'Appel supprime du même coup l'indemnité qui y était afférente. Aussi bien ne peut-on nier à cet égard que la liberté politique et la liberté des candidatures soient moins bien protégées par les juges d'appel : une perte sèche de 6.000 francs, évaluation du préjudice matériel et moral, en est la preuve.

Mais si l'on considère le problème sous tous ses aspects, le bilan est tout de même positif pour les libertés publiques, car au fond, il ne s'agit pas de protéger une liberté au détriment des autres, ni la liberté d'un individu au préjudice de celle des autres ; il s'agit de protéger au maximum toutes les libertés, celles du lecteur comme celles de l'employeur et celles du salarié. L'existence d'un journal implique une certaine tendance idéologique, que le journaliste et le lecteur acceptent par définition, l'un en collaborant objectivement à la publication, l'autre en l'achetant. Que se passe-t-il si un changement d'orientation intervient dans le journal ? Le lecteur, lui, ne se préoccupe pas de savoir qui est l'auteur du changement : s'il est mécontent, il cesse d'acheter le journal et porte ses regards ailleurs. Le journaliste, en cas de changement émanant de la direction, dispose d'une protection légale (art. 29 e livre I C. Trav.) ; de même si la modification est l'œuvre, directement ou non, du journaliste, l'employeur doit pouvoir faire en

sorte qu'il ne soit point porté atteinte aux intérêts de l'entreprise. Dans chaque cas d'espèce, le juge est ainsi conduit à confronter les divers intérêts en présence et à dégager un équilibre de libertés. Enfin, il ne faut pas oublier que le raisonnement du juge est basé sur le caractère spécifique de la profession de journaliste : si la Cour d'Appel a adopté une telle solution à l'égard du journaliste, c'est parce que des tiers étaient en cause et que, dans le monde de la presse, les rapports entre employeurs et salariés peuvent avoir des répercussions dans l'opinion publique. Mais ceci est exceptionnel et la règle demeure qu'en dehors des lieux et du temps de travail, l'employeur n'a aucune autorité sur ses salariés et ceux-ci jouissent de toutes les libertés individuelles.

Ce libéralisme pour l'employé mérite d'être souligné, car il n'est pas universel. A l'étranger il est admis couramment que les rapports de travail ont un caractère personnel et comportent une obligation de fidélité. Tel est le cas en Allemagne (Treupflicht : obligation de défendre les intérêts de l'entreprise), en Italie (art. 2105 C. Civ.), aux Pays-Bas (art. 1638 z et 1639 du Code civil). Même en dehors du temps et du lieu de travail, le salarié est dans une certaine dépendance vis-à-vis de l'employeur et les manifestations de sa liberté d'opinion doivent respecter l'intérêt de l'entreprise. En France, au contraire, la liberté complète du salarié en dehors des lieux de travail est un principe bien établi, même si cette liberté est plus réduite dans certaines professions, comme le journalisme. En chaque cas, la jurisprudence se réserve le droit de vérifier si la mesure de congédiement du salarié est ou non abusive et empreinte d'une légèreté blâmable.

b) Si les violations directes de la liberté d'opinion et d'expression du salarié sont, somme toute, assez rares, sauf cas exceptionnels, il peut arriver qu'une atteinte *indirecte* soit portée à cette liberté lorsque l'employeur cède à diverses injonctions. En vertu du contrat de travail, celui-ci garantit au salarié une exécution normale et paisible des rapports de travail et doit le défendre, en cas de menaces ou de contraintes injustifiées. La jurisprudence rappelle constamment cette obligation du chef d'entreprise (120).

1. Tout d'abord, elle le sanctionne lorsqu'il s'incline trop facilement devant la pression du personnel de l'entreprise, en parti-

(120) Voir BRUN et GALLAND II 294 p. 568 ; M. DESPAX : « La vie professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail », J.C.P. 1963.I.1776 n° 40 à 44.

culier de camarades d'ateliers. Certes, l'employeur est seul juge de l'organisation de l'entreprise, et lorsque la brouille oppose deux salariés entre eux, il peut conserver l'un et licencier l'autre à sa guise, sans être obligé de rechercher quel est le coupable. Et même, s'il se livre à cette recherche, il n'est pas obligé de tenir compte du résultat : il peut aussi bien garder le coupable, si son maintien est profitable à l'entreprise. « Un chef d'entreprise, déclare la Cour de Cassation, maître de l'organisation de ses services ne commet pas de faute en préférant la collaboration d'une employée à celle d'une autre qu'il ne peut conserver ensemble, sauf stipulation contraire ou intention dolosive » (121). On reste alors sur le plan des rapports individuels de travail, et lorsqu'une mésentente entre le salarié et l'employeur peut nuire à la bonne marche de l'entreprise, elle justifie la décision de l'employeur de mettre fin au contrat de travail (122). Une telle issue est regrettable, mais l'employeur a le droit de prendre toutes mesures d'ordre intérieur commandées par l'intérêt de l'entreprise ; rien ne l'empêche de réorganiser son exploitation (ou de ne pas le faire d'ailleurs) et, dans l'intérêt de celle-ci, de licencier un employé.

Mais il en va différemment en cas d'hostilité généralisée du personnel à l'encontre d'un des membres de l'entreprise, car on n'est plus alors sur le terrain des rapports individuels de travail. Là encore, apparaît un troisième élément : le groupe, qui sur le plan sociologique, a sa personnalité propre et ses réactions spécifiques, différentes de celles de chacun des salariés pris isolément. Plus que jamais l'intérêt de l'entreprise, c'est-à-dire le déroulement normal, paisible et sans trouble, des conditions de travail, s'oppose à la liberté du salarié, et la tentation est grande pour l'employeur, fort de l'appui et de la pression de la majorité du personnel, de se séparer du salarié dont la présence ou le comportement sont la cause de l'hostilité générale.

En pratique, la jurisprudence varie selon chaque cas d'espèce et se prononce tantôt dans un sens, tantôt dans l'autre : on ne peut en dégager une tendance bien définie, en raison de la difficulté qu'elle éprouve d'apprécier objectivement quels sont, en la matière, les intérêts de l'entreprise. Comme l'a montré M. Despax, sa position « n'est pas parfaitement nette » (123). Parfois, elle sanctionne

(121) Cass. Soc. 22 octobre 1959, D. 1960 p. 110 ; J.C.P. 1959.II.11371 note R. L.

(122) Cass. Soc. 27 novembre 1958, Bull. civ. 1958.IV. n° 1263 p. 967.

(123) Chronique précitée n° 41.

le congédiement du salarié motivé par une pression de tout ou partie du personnel : dans un arrêt du 2 février 1950, la Cour de Cassation a déclaré abusif le licenciement d'un salarié au motif « qu'il avait cessé de plaire à un certain nombre de compagnons de travail » (124). De même, ne constituent « ni un cas de force majeure, ni un motif de congédiement » l'hostilité et les reproches des ouvriers d'une usine à l'encontre de leur directeur et la menace de se mettre en grève s'il était maintenu à son poste (125). Si la contrainte est injustifiée, l'employeur ne doit pas s'y plier (126), et elle ne peut être justifiée que lorsqu'elle compromet la bonne marche de l'entreprise, critère qui laisse une grande liberté d'appréciation à l'employeur, il faut le reconnaître.

Ainsi, n'est pas abusif le licenciement d'un salarié « uniquement en raison de la conduite de sa femme et de ses filles sous l'occupation » et bien que les employeurs « reconnaissent qu'ils n'ont jamais eu aucun reproche professionnel à adresser à l'intéressé » (127). La Cour de Cassation relève « qu'en se bornant à constater que le salarié n'avait pas commis de faute personnelle et en ne recherchant pas si, comme le prétendait l'employeur, le renvoi était motivé par l'intérêt de l'entreprise », les juges du fond n'ont pas donné de base légale à leur décision. C'est donc bien l'intérêt de l'entreprise qui justifie le renvoi, et non la faute du salarié ou les incidents qui peuvent naître de son maintien dans l'entreprise. Mais on voit les dangers que peut entraîner l'application stricte d'une semblable théorie, car il n'y a rien de plus facile, pour un groupe d'ouvriers qui veulent se débarrasser d'un de leur compagnons, que de feindre un conflit aigu pour obtenir son congédiement. L'employeur ignorera, le plus souvent, les causes réelles d'une telle situation, et d'ailleurs, pourrait-il les connaître, qu'il s'y refuserait... Dans un arrêt des Chambres réunies en date du 27 avril 1961 (128), la Cour de Cassation a annulé un jugement qui déclarait abusif le renvoi d'une assistante sociale, au motif que la lettre où sont indiquées les causes du renvoi ne mentionne pas expressément une inaptitude professionnelle et fait surtout état d'un manque d'affinités entre l'assistante sociale et le personnel, en raison de particularités caractérielles individuelles, sans préciser si ces particularités prove-

(124) Cass. Soc. 2 février 1950, D.S. 1950 p. 171.

(125) Cass. Soc. 8 octobre 1954, D.S. 1955 p. 42.

(126) Cf. Cass. Soc. 13 février 1948, J.C.P. 1948.II.4428.

(127) Cass. Soc. 29 janvier 1953, D.S. 1953 p. 286.

(128) J.C.P. 1961.II.12165 ; D. 1961 p. 646.

naient de celui-ci ou de celle-là ». La Cour affirme « qu'en déduisant de telles constatations la société avait agi avec une légèreté blâmable, alors que le chef d'entreprise, responsable de la bonne marche de celle-ci, est juge des circonstances dans lesquelles elle se trouve compromise, les juges du fond ont méconnu les conséquences légales des faits par eux constatés ». En l'espèce, le juge a pris en considération l'emploi occupé par l'intéressée, car les fonctions d'assistante sociale impliquent des rapports de confiance et de sociabilité. Or, quelle qu'en soit la cause, une incompatibilité d'humeur ou de caractère entre le personnel et l'assistante sociale est de nature à rejaillir sur la bonne marche de l'entreprise.

2. Dans chaque cas, le juge doit donc apprécier l'hostilité du groupe, les menaces ou les violences, en fonction de l'intérêt de l'entreprise, pour juger si le licenciement est abusif ou non. Mais que se passe-t-il lorsque la pression entraînant le licenciement d'un salarié émane, non du personnel de l'entreprise, mais d'une autorité publique ? La liberté d'opinion et d'expression du salarié ne risque-t-elle pas, indirectement, de subir des atteintes ?

Il n'existe plus aujourd'hui de texte général réglémentant le congédiement de travailleurs dans certaines entreprises. Un décret du 20 avril 1951 autorisait le Ministre de la Défense Nationale à licencier, après avis d'une Commission, toutes personnes travaillant aux fabrications ou études intéressant la Défense Nationale, dont les agissements pourraient en compromettre l'efficacité. Ce texte, qui s'appliquait aux employés des établissements publics de l'Etat et des entreprises nationalisées, laissait planer une grave menace sur leur liberté d'opinion et devant les protestations des intéressés, a été abrogé par un décret du 18 avril 1961 (129) de même qu'avait déjà été abrogé le décret du 4 août 1949, contenant les mêmes dispositions au sujet des salariés des entreprises privées liées par marché avec le Ministère de la Défense Nationale.

Mais l'Administration peut toujours intervenir dans un but de sécurité ou d'ordre public et faire pression pour obtenir le licenciement d'un salarié. Or, par rapport au contrat individuel de travail, l'Administration est un tiers : l'employeur se doit de garantir au salarié une paisible exécution des rapports de travail, en résistant aux interventions des tiers génératrices de troubles, y compris celles de l'Administration. La jurisprudence considère que sa responsabilité ne peut être dégagée que si l'intervention administrative est un événement de force majeure.

(129) J.O. 17 mai.

Ceci suppose que deux caractères soient réunis : l'irrésistibilité et l'imprévisibilité. La pression doit être telle que l'employeur ne puisse ni la prévoir ni la surmonter, et soit dans l'obligation absolue d'y céder. Cela est réalisé lorsqu'existe un texte légal (130), mais aussi en cas d'interventions officielles, et parfois officieuses (131). L'existence de ces caractères est contrôlée par la jurisprudence, qui considère comme abusif le licenciement de salariés sur pression administrative, alors qu'il n'y avait pas force majeure. Elle tient compte des formules utilisées par l'Administration : avis défavorable, opposition, opposition formelle. Des instructions très générales ne sauraient suffire à justifier un licenciement (132) ; par contre, la force majeure est établie lorsqu'il est indiqué par le préfet que « pour des raisons intéressant l'ordre public, il serait opportun de procéder au remplacement de tel salarié » (133). Nombre de mesures d'épuration professionnelle ont été prises de la sorte, justifiant les résiliations de contrat qui s'ensuivaient. L'ordre régulier et précis émanant d'une autorité administrative constitue donc un cas de force majeure.

Mais une difficulté surgit lorsqu'un ordre de licenciement donné par l'Administration est, par la suite, annulé par le Conseil d'Etat. Non seulement, en effet, la mesure qui est à l'origine du licenciement n'est pas imputable à l'employeur, puisqu'il y a force majeure, mais, qui plus est, celui-ci était tenu de s'y conformer, sous peine de sanction, le plus souvent pénale (134). Le salarié peut-il alors obtenir réparation du préjudice subi de la part de l'Etat ? Après quelques années de refus opposés par le Conseil d'Etat et aboutissant à un véritable déni de justice (135), le tribunal des Conflits dans un arrêt du 12 décembre 1955, s'est prononcé dans un sens affirmatif, déclarant que la réparation des dommages imputables à de telles mesures, quand l'irrégularité en a été reconnue par la juridiction administra-

(130) Cf. SARAMITO : « Les licenciements sur injonction d'une administration publique », *Droit ouvrier* 1957 p. 423.

(131) Cf. DESPAX, chronique précitée, n° 37.

(132) Trib. civ. Seine 11 février 1956, J.C.P. 1956.II.9317, note de Font-Réaulx.

(133) Cass. Soc. 27 juillet 1949, Bull. 1949 p. 886 n° 761 ; également : Trib. Grande Instance Seine 8 juillet 1959, *Revue pratique chron. droit social* 1963 p. 115 ; Trib. civil Seine 25 mai 1951, J.C.P. 1951.II.6578, note Rivero ; Cass. Soc. 18 octobre 1952, J.C.P. 1953.II.7413, D. 1953 p. 55.

(134) Cf. arrêts précités : Seine 23 mai 1951 ; Cass. Soc. 18 octobre 1952.

(135) C.E. 10 mars 1950, Mathieu, J.C.P. 1951.II.6449 ; 28 mars 1952, Codos, J.C.P. 1952.II.7126, 4^e espèce ; C.E. 4 janvier 1952, Gut, J.C.P. 1952. II.7126 : l'intéressé ne pouvait obtenir réparation ni de l'employeur, ni de l'Etat.

tive seule compétente, ne peut incomber qu'à l'Etat (136). La jurisprudence judiciaire, appliquant cette solution, confirme que la réparation du dommage ne saurait incomber à l'employeur (137).

Conclusion

Tel est le régime jurisprudentiel de la protection des libertés du travailleur. Le bilan qu'on en peut dresser est dans l'ensemble positif car la jurisprudence contemporaine incline à assurer cette protection d'une manière de plus en plus efficace, surtout par l'extension des notions de faute de l'employeur et d'abus du droit de résiliation.

1. — Certes, la défense des intérêts du salarié n'est pas parfaitement assurée, et il serait vain de le nier, en particulier lorsqu'on songe qu'en matière de congédiement, la preuve de la faute de l'employeur doit être fournie par le travailleur licencié s'il veut obtenir des dommages-intérêts. Sur ce point, la jurisprudence établie depuis bientôt un siècle (138) est réaffirmée constamment dans les mêmes termes par la Cour Suprême. Les Chambres Réunies ont rappelé récemment d'une manière solennelle « qu'en vertu de l'article 23 du Livre 1^{er} du Code du Travail, le contrat de louage de services, conclu sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'un seul des contractants, et que l'auteur de la résiliation ne peut être condamné à des dommages-intérêts envers l'autre partie que si celle-ci prouve contre lui, outre le préjudice subi, l'existence d'une faute qui lui soit légalement imputable » (139).

Or, s'il existe un danger d'abus dans le droit de résiliation, c'est bien de l'employeur qu'il émane puisque celui-ci est dans une position de force par rapport au salarié. Obliger celui-ci à apporter la preuve de la faute commise, c'est le placer dans une position désavantageuse et l'empêcher le plus souvent d'obtenir des dommages-intérêts. La loi du 19 juillet 1928, modifiant l'art. 23 al. 5 du Code du Travail, énonçait pourtant que « le jugement devra, en tout cas, mentionner expressément le motif allégué par la partie qui aura rom-

(136) T.C. 12 décembre 1955, Thomasson, J.C.P. 1956.II.9198, note Rivero ; solution appliquée par la suite par le Conseil d'Etat. - C.E. 2 mars 1956, J.C.P. 1956.II.9198, 2^e espèce.

(137) Cass. Soc. 6 décembre 1957, J.C.P. 1957.II.10380.

(138) Cass. Civ. 5 février 1872, D. 1873.I.63 ; S. 1872.I.132.

(139) Cass. Ch. Réunies 27 avril 1961 précité, J.C.P. 1961.II.12165.

pu le contrat ». On aurait pu en conclure que l'auteur de la rupture devait désormais en fournir un juste motif, mais la Cour de Cassation estime que « le chef d'entreprise, responsable de la bonne marche de celle-ci, est juge des circonstances dans lesquelles elle se trouve compromise » (140).

En pratique, cela revient à accorder à l'employeur un droit d'appréciation discrétionnaire du motif de congédiement : dès lors, en effet, que la mesure prise apparaît justifiée par l'intérêt de l'entreprise, le renvoi est légitime et exclusif de tout abus. Bien entendu, l'employeur peut alléguer comme motif une faute, grave ou légère, commise par le salarié, sans d'ailleurs être obligé d'en apporter la preuve (141). Mais même en l'absence de toute faute du salarié, le chef d'entreprise est juge de la manière dont celui-ci s'acquitte des fonctions qui lui ont été confiées et peut le licencier pour insuffisance professionnelle, formule vague et imprécise qui pourrait justifier n'importe quel renvoi (142), car aucune vérification n'est possible.

L'employeur, à qui est reconnu le droit de mettre fin au contrat de travail par sa seule volonté, n'est donc pas tenu de démontrer que la résiliation est justifiée. Au contraire, le salarié doit apporter la preuve directe et positive d'un fait imputable à l'employeur et constitutif d'une faute, s'il veut obtenir des dommages-intérêts. Il ne lui suffit pas de prouver qu'il n'a pas commis de faute, ni même de démontrer l'inexactitude du motif allégué par l'employeur (143), il lui faut prouver l'existence et l'illicéité du motif réel demeuré caché.

Cette stricte application de la règle « *actori incumbit probatio* » fait en doctrine l'unanimité contre elle (144). Comme l'ont écrit MM. Camerlynck et G. Lyon-Caen, « en définitive, le salarié se heurtera le plus souvent à l'impossibilité d'administrer la preuve du mobile illégitime, fait psychologique, dès l'instant où l'employeur avisé, se gardant d'opérer « à chaud », a attendu son heure en s'abstenant de tout propos ou geste maladroit et révélateur » (145).

(140) Cass. Ch. Réunies 27 avril 1961.

(141) Cass. Soc. 16 décembre 1963, Bull. civ. IV n° 727 ; Soc. 19 janvier 1961, D. 1961 som. 36.

(142) Cass. Soc. 22 avril 1964, J.C.P. 1964.II13732 et note anonyme.

(143) Cass. Soc. 24 juin 1954, D. 1954 p. 699.

(144) Voir P. DURAND et A. VITU, T. II, n° 464 ; PLANIOL et RIPERT, T. II par A. ROUAST, n° 869 ; G.-H. CAMERLYNCK et G. LYON-CAEN, « Droit du travail », nos 154-155 ; RIVERO et SAVATIER : « Droit du travail », p. 482.

(145) « Droit du travail », n° 155.

2. — Mais la jurisprudence corrige cette sévérité sur le plan juridique, en prenant en considération le respect des libertés publiques du salarié. Chaque fois qu'un congédiement a pour origine l'atteinte à une liberté individuelle du travailleur, il est considéré comme abusif. Il s'agit essentiellement, on l'a vu, de la liberté de la personne même du salarié et des droits qui s'y rattachent, de la liberté syndicale, du droit de grève, de la liberté d'opinion et d'expression. Encore faut-il que le salarié puisse établir la violation de sa liberté, soit que l'employeur ait détourné le droit de résiliation de sa fin normale, soit qu'il ait commis une imprudence ou un acte de légèreté blâmable. Cette question de preuve est primordiale pour lui.

A cet égard, on constate une hésitation très nette dans la jurisprudence la plus récente. Certains arrêts continuent à affirmer que l'inexactitude du motif de renvoi ne saurait, à elle seule, présenter les caractères d'une faute constitutive de l'abus du droit (146). La Cour de Cassation applique là sa conception traditionnelle : admettre que l'inexactitude du motif de renvoi, une fois établie, engage la responsabilité de l'employeur, c'est lui imposer, pour y échapper, qu'il fournisse la preuve positive du motif légitime ; or cette preuve de la faute constitutive de l'abus de droit incombe au salarié (147).

Mais voici que dans le même temps, d'autres arrêts admettent le caractère abusif de licenciements lorsqu'est établie l'inexactitude du motif allégué par l'employeur (148), sans contexte particulier ni référence implicite à des motifs illégitimes inavoués. La seule inexactitude du motif de renvoi suffit, selon cette jurisprudence, pour que le congédiement soit abusif, car il ne s'agit alors que d'un « fallacieux prétexte » (149).

Les deux jurisprudences se sont maintenues et il y a sinon « virage » comme on avait pu le croire à prime abord (150), du moins cheminement sur des voies parallèles. L'hésitation, qui dure

(146) Cass. Soc. 8 décembre 1960, J.C.P. 1961.IV. p. 5 ; Soc. 18 janvier 1961, Bull. civ. IV.57 ; Soc. 15 mai 1961, J.C.P. 1961.IV. p. 98 ; Soc. 25 février 1960, solution implicite.

(147) Cass. Soc. 22 avril 1964, J.C.P. 1964.II.13732.

(148) Cass. Soc. 15 novembre 1957, G.P. 1958.146 ; Soc. 20 février 1959, Bull. IV n° 267 p. 217 ; Soc. 11 mai 1964, J.C.P. 1964.II.13768 note G. H. C., D. 1964 p. 520.

(149) Cf. G.-H. CAMERLYNCK : « Du motif inexact au fallacieux prétexte », D. 1959 chr. XIX p. 129.

(150) *Id.*, p. 131.

depuis près de dix ans, se poursuivra-t-elle encore longtemps ? On ne le sait, mais ce qui est certain, c'est qu'au regard de la rigueur constante de la jurisprudence antérieure, l'existence même d'une hésitation constitue un progrès indéniable, car elle traduit un doute dans l'esprit du juge.

Ce flottement, en définitive, s'explique par la contradiction fondamentale qui existe entre les impératifs d'ordre économique et les impératifs d'ordre social. D'un côté, en effet, en économie capitaliste, le chef d'entreprise est seul responsable du risque assumé et donc de la bonne marche de l'entreprise ; il est seul juge des circonstances dans lesquelles elle se trouve compromise. Sur le plan économique, il dispose du pouvoir le plus large de direction, de gestion, de conversion, de réduction et même de suppression : son pouvoir est entièrement discrétionnaire, seule compte la réalisation des fins économiques de l'entreprise. La conséquence juridique de ces principes économiques est qu'il dispose du droit de résiliation unilatérale, c'est-à-dire du droit de congédier les membres de son personnel lorsque l'intérêt de l'entreprise l'exige, même s'il n'a aucune faute à leur reprocher.

C'est pourquoi la Cour de Cassation se refuse à contrôler l'opportunité des décisions d'ordre économique que prend l'employeur, en particulier des licenciements motivés par des suppressions d'emploi, réductions de personnel, baisse des commandes, installation de nouveaux moyens techniques de production. Les licenciements peuvent être collectifs (151) ou individuels, et l'employeur est libre de choisir ceux qu'il congédie (152), en se fondant sur la valeur professionnelle plutôt que sur l'ancienneté ou les charges de famille. Dans la célèbre affaire « Brinon », une entreprise avait été fermée pour des motifs économiques, ce qui mettait le personnel en chômage. Les juges du fond, relevant que la fermeture aurait pu être évitée si des fautes de gestion n'avaient pas été commises, avaient condamné l'employeur pour rupture abusive des contrats de travail. Cette décision a été cassée par la Cour Suprême, « au-

(151) L'autorisation de la Direction de la main-d'œuvre est nécessaire en cas de licenciements collectifs (circulaire du 7 novembre 1962, J.C.P. 1962.III. 28707).

(152) L'ordonnance du 24 mai 1945 dispose que le règlement intérieur, à défaut de stipulations dans la convention collective, doit fixer l'ordre des licenciements. Si rien n'est prévu ni dans la convention collective, ni dans le règlement intérieur, la jurisprudence décide que les dispositions de l'ordonnance de 1945 n'ont qu'une valeur indicative (Cass. Soc. 25 octobre 1961, G.P. 1962.I.73), aucune sanction n'étant prévue en cas de non-constitution d'un règlement intérieur.

cune disposition légale ne faisant à l'employeur l'obligation de maintenir son activité à seule fin d'assurer à son personnel la stabilité de son emploi » (153).

Ces conséquences qui s'attachent au fonctionnement du système capitaliste, le juge ne peut donc les ignorer, ou les méconnaître. Mais d'un autre côté, il doit en même temps prendre la défense du travailleur et protéger ses droits ou ses intérêts. Or, ce que veut le travailleur, c'est voir reconnaître à son profit l'existence d'un droit à la conservation de l'emploi, ce qui veut dire que l'employeur qui méconnaîtrait ce droit, devrait faire la preuve de l'existence d'un juste motif de congédiement. Ainsi, le juge devrait tout à la fois protéger le droit qu'a l'employeur de congédier son personnel en laissant la charge de la preuve de l'abus de droit au salarié licencié, et garantir le droit du salarié de conserver son emploi, en mettant la preuve du juste motif à la charge de l'employeur ; ceci est évidemment impossible, puisque ces deux droits s'excluent l'un l'autre. Aussi, à défaut d'une réponse à une question insoluble, le juge cherche-t-il un élément d'appréciation dans le respect des libertés du travailleur.

S'il est établi que le congédiement a sa source dans la violation d'une liberté du salarié, il est déclaré abusif. En ce cas, le juge est à son aise, car aucune considération économique n'entre en jeu : rupture du contrat et violation d'une liberté portent le débat sur un terrain purement juridique. Mais lorsque le licenciement est dicté par l'intérêt de l'entreprise, c'est-à-dire par un motif d'ordre économique, alors le juge est pratiquement désarmé, car il ne peut remettre en cause le fonctionnement du système économique. Le chef d'entreprise exerce des pouvoirs économiques, il ne remplit pas un devoir social ; il cherche avant tout le plus grand profit pour l'entreprise, non le plus grand bonheur du travailleur. Le drame, c'est que le juge est également désarmé lorsque le litige touche à la fois aux domaines juridique et économique, quand l'employeur, ayant su attendre sagement son heure, masque sous l'intérêt de l'entreprise la violation d'une liberté du travailleur. On voit, dès lors, que si le juge apparaît timide et réservé, c'est parce qu'entrent en ligne de compte des considérations d'ordre économique.

Néanmoins, les tentatives faites par la jurisprudence pour limiter les pouvoirs du chef d'entreprise, par l'extension des notions

(153) Cass. Soc. 31 mai 1956, D. 1958 p. 21, note Levasseur, J.C.P. 1956. II.9397, note Esmein.

d'abus de droit, de légèreté blâmable, de faute de l'employeur, et par les hésitations dont elle fait montre à propos de l'inexactitude du motif de congédiement, sont une étape sur le chemin qui aboutit à la protection complète des libertés du travailleur et à la reconnaissance du droit à la conservation de l'emploi. Elles montrent en tout cas, le désir, si faible soit-il, qu'éprouve le juge de rompre avec un siècle et demi de rigueur, et de considérer le travailleur non comme une cellule économique, mais comme un homme au travail dans une communauté.

Si la jurisprudence protège le salarié contre les atteintes dont il peut faire l'objet de la part de l'employeur et de ses camarades de travail, elle a été également amenée, on l'a vu, à le garantir contre les pressions que l'Administration pourrait lui faire subir, par l'intermédiaire de l'employeur. Nombreux sont, en effet, les dangers qu'en raison de leurs fonctions et de leurs prérogatives, les autorités administratives font courir aux libertés publiques dans tous les domaines et en toute circonstance.

CHAPITRE II

ATTEINTE AUX LIBERTÉS ÉMANANT DE L'ADMINISTRATION

Lorsque la violation d'une liberté publique émane de l'Administration, deux principes antagonistes, on le sait, s'opposent : le principe de la séparation des autorités judiciaires et administratives, et le principe de l'autorité judiciaire gardienne des libertés publiques. La compétence judiciaire devrait être très largement admise, puisque c'est la raison d'être de l'autorité judiciaire que d'assurer la protection de la personne humaine. Telle a été la conception dominante durant le 19^m siècle et au début du 20^m, doctrine et jurisprudence érigeant en dogme le principe de la compétence judiciaire en cas d'atteinte aux droits de la personne (1).

Pourtant, peu à peu, le juge administratif démontrait que, non seulement il n'était pas plus favorable à l'Administration qu'aux particuliers, mais qu'il jouait un rôle de premier plan dans la défense des libertés publiques, constatation devenue aujourd'hui « le plus banal des lieux communs et le plus éclatant des paradoxes his-

(1) Cf. LAFERRIÈRE : « Les difficultés auxquelles peut donner lieu l'exercice des droits naturels de l'homme relèvent en principe de l'autorité judiciaire ; c'est devant elle que l'on doit se défendre contre les atteintes qui leur seraient illégalement portées, soit par des tiers, soit par l'Administration elle-même. » (« Traité de la juridiction administrative », 2^e éd. 1896, T. I, p. 529). Voir également : Lyon 28 janvier 1904 (D. 1904.II. p. 321) : « Le fait de procéder à l'arrestation et à l'incarcération d'une personne constitue non pas un acte administratif, mais un acte judiciaire de sa nature, dont le caractère n'est pas modifié par le caractère de la personne qui y procède ; les tribunaux judiciaires sont les gardiens naturels de la liberté individuelle et en principe, toutes les questions où ce droit est intéressé ressortissent à leur juridiction. »

toriques » (2). Avec le développement de la juridiction administrative s'est dissipée toute suspicion à son égard, à tel point que les victimes préfèrent s'adresser à elle plutôt qu'à la juridiction judiciaire. Ce n'est donc plus un, mais deux ordres de juridictions qui assurent la protection des droits de l'homme : le juge appartiendra tantôt à l'ordre judiciaire, tantôt à l'ordre administratif. De la suprématie de la compétence judiciaire, on est passé à la coexistence de la compétence judiciaire et de la compétence administrative.

Enfin, et c'est le stade le plus récent de l'évolution, par une interprétation très restrictive du principe de l'autorité judiciaire gardienne des libertés publiques, les juridictions administratives et le Tribunal des Conflits tendent à limiter de plus en plus son champ d'application et à faire prévaloir le principe inverse.

Trois phases peuvent ainsi schématiser l'évolution historique : d'abord, la compétence judiciaire est la règle, exceptionnelle étant la compétence administrative ; puis les exceptions se multiplient et s'étendent, et la compétence administrative s'exerce parallèlement à la compétence judiciaire ; enfin la compétence administrative tend à devenir le principe et la compétence judiciaire l'exception. On constate donc une distorsion, sinon une opposition, entre les faits et les règles juridiques : la règle de la compétence judiciaire existe toujours, et est même réaffirmée par le constituant, le législateur et le juge ; mais en réalité, elle n'existe plus que dans deux hypothèses, l'une légale, l'article 136 du Code de procédure pénale (Section I), l'autre jurisprudentielle, la voie de fait (Section II) ; encore, dans ces deux cas, la compétence administrative cherche-t-elle à s'imposer.

Section I

LA COMPETENCE JUDICIAIRE PAR DETERMINATION DE LA LOI

Par. 1. - L'article 112 C.I.C.

Le législateur a toujours été enclin à confier la protection des droits individuels contre les atteintes des autorités administratives, aux tribunaux de l'ordre judiciaire. La loi du 7 février 1933 sur les

(2) J. DONNEDIEU DE VABRES : « La protection des droits de l'Homme par les juridictions administratives en France », E.C.D.E. 1949 p. 30.

garanties de la liberté individuelle (3) modifiant l'article 112 du Code d'Instruction Criminelle, consacrait l'exclusivité de la compétence judiciaire et interdisait l'élévation de conflit dans toute instance civile fondée sur la violation des mesures protectrices de la liberté individuelle. Le législateur voulait unifier les règles de compétence en cette matière au profit des tribunaux judiciaires, sans distinguer selon que l'action fût intentée contre la Puissance publique ou l'un de ses agents.

On sait comment, par une jurisprudence amplement controversée, le Conseil d'Etat et le Tribunal des Conflits, malgré la généralité de la formule de l'article 112 C.I.C., et à cause peut-être de son imprécision, distingua au contraire selon que la demande en dommages-intérêts était dirigée contre l'Etat ou contre l'agent public, l'article 112 s'appliquant seulement en cas de poursuite contre l'agent. Lorsque l'Etat était mis en cause, il fallait appliquer les principes généraux qui gouvernent la responsabilité de la puissance publique.

Dans l'arrêt « Alexis et Wolff » du 7 novembre 1947 (4), le Conseil d'Etat se reconnut compétent pour se prononcer sur les suites d'arrestations et de détentions arbitraires, estimant qu'elles constituaient une faute lourde du service public. Vivement critiquée par M. Eisenmann, défendue par M. Mestre, cette solution fut également adoptée par le Tribunal des Conflits dans l'arrêt « Dame de la Murette » du 27 mars 1952 (5). L'article 112 doit se combiner, était-il affirmé, avec l'ensemble des règles relatives à la séparation des pouvoirs, de sorte que « lorsque l'Etat est mis en cause, la compétence pour statuer sur les conclusions présentées contre lui se règle d'après les principes généraux qui gouvernent la responsabilité de la puissance publique ». L'arrêt admet que le conflit est alors possible, et consacre le principe de la compétence administrative, sauf cas de voie de fait (6).

(3) D.P. 1933.4.65, commentaire Leloir ; ARNAUD : « La loi du 7 février 1933 sur les garanties de la liberté individuelle », Thèse Lyon 1934 ; BINET : « La protection de la liberté individuelle contre les arrestations et détentions arbitraires », Thèse Nancy 1936.

(4) Rec. p. 416 ; S. 1948.3.101, concl. Celier ; D. 1948 p. 472, note Eisenmann ; J.C.P. 1947.II.4006, concl. Celier, note Mestre.

(5) Rec. p. 626 ; S. 1952.3.81, notre Grawitz ; D. 1954 p. 291, note Eisenmann ; J.C.P. 1952.II.7158, note Blaevet ; R.D.P. 1952 p. 757, note Waline ; R.A. 1952 p. 268, note Liet-Veaux ; G.A.J.A. 1965 n° 91 367.

(6) L'évolution et ses résultats jurisprudentiels ont été minutieusement analysés par M. J. ROBERT dans : « Les violations de la liberté individuelle commises par l'administration », Paris L.G.D.J. 1956 p. 279 et suiv.

Dès lors, l'Administration ne se priva pas d'élever le conflit, dans les instances civiles dirigées contre des fonctionnaires, alléguant que l'Etat était mis en cause et que les faits reprochés constituaient une faute de service, non une faute personnelle. Ceci entraîna de nombreux abus, assez graves pour la victime, en particulier à cause de la perte de temps qu'engendre la procédure du conflit (7).

Par. 2. - L'article 136 C.P.P.

Aussi, le législateur a-t-il été beaucoup plus précis dans le nouveau Code de procédure pénale (loi du 31 décembre 1957), dont l'article 136, al. 3 et 4 — remplaçant l'article 112 C.I.C. — dispose :

« Dans les cas visés aux deux alinéas précédents (8) et dans tous les cas d'atteinte à la liberté individuelle, le conflit ne peut jamais être élevé par l'autorité administrative et les tribunaux de l'ordre judiciaire sont toujours exclusivement compétents.

Il en est de même dans toute instance civile fondée sur des faits constitutifs des infractions prévues par les articles 114 à 122 (9) et 184 (10) du Code pénal, qu'elle soit dirigée contre la collectivité publique ou contre ses agents. »

Le but du législateur était bien de « couper court à toute dérobade » (11) en manifestant nettement et avec précision sa volonté d'unifier le contentieux des atteintes à la liberté individuelle au profit des juridictions judiciaires. D'ailleurs l'Assemblée Nationale, à la même époque, n'avait-elle pas élaboré de son propre chef, et voté un article 3 du projet de Code de procédure pénale, selon lequel la juridiction judiciaire recevait compétence « pour connaître de l'action en réparation du préjudice matériel, corpo-

(7) Voir par exemple : T.C. 9 juillet 1953, Nardon, Delaitre, Dame veuve Bernadas, J.C.P. 1953.II.7797, note Rivero.

(8) Il s'agit, d'une part, de « l'inobservation des formalités prescrites pour les mandats de comparution, d'amener, de dépôt et d'arrêt », d'autre part de « toute violation des mesures protectrices de la liberté individuelle prescrites par les articles 56, 57, 59, 96, 97, 138, 139 et 141 », articles relatifs aux perquisitions, visites domiciliaires, à la détention préventive et à la mise en liberté provisoire.

(9) Relatif aux arrestations et détentions arbitraires.

(10) Violation de domicile commise par tout fonctionnaire de l'ordre administratif ou judiciaire, tout officier de justice ou de police, tout commandant ou agent de la force publique.

(11) J. RIVERO : « Libertés publiques », 1962-1963, p. 180.

rel ou moral quelle que soit la personne physique ou la personne morale de droit privé ou de droit public à qui incombe cette réparation » ? Une telle disposition, dont l'adoption définitive aurait consacré la suppression des principes les plus traditionnels de notre Droit public, témoignait en tout cas du désir profondément ancré chez le législateur d'unifier les règles de compétences en faveur du juge judiciaire.

Mais le juge est aussi tenace dans ses conceptions que fidèle le législateur en ses principes. Dans un important arrêt « *Sieur Clément* », que l'on retrouvera à propos de la voie de fait et des circonstances exceptionnelles (12), le Tribunal des Conflits a semblé s'incliner en abandonnant la distinction entre agent et collectivité publique, mais a donné de l'article 136 une interprétation restrictive qui lui enlève une grande partie de sa portée.

Assigné à résidence au centre de séjour surveillé de Saint-Maurice-l'Ardoise, puis dans un centre hospitalier, par deux arrêtés du Ministre de l'Intérieur en date des 13 février et 5 mai 1962, le *Sieur Clément* estimait avoir été victime de mesures arbitraires constituant une voie de fait, et engagea contre l'Etat, devant le Tribunal de Grande Instance d'Agen, une action en réparation du dommage subi. Une procédure classique de conflit devait s'ensuivre : le préfet du Lot-et-Garonne déclina la compétence judiciaire le 21 mars 1963 ; le Tribunal se reconnut compétent le 18 juin 1964 malgré l'intervention contraire du Procureur de la République qui concluait à l'incompétence judiciaire ; le Préfet éleva alors le conflit et après que le Tribunal ait sursis à statuer le 10 juillet 1964, le Tribunal des Conflits se prononça dans l'arrêt du 16 novembre 1964, estimant qu'il n'y avait pas voie de fait et, par application de l'article 136 du Code de Procédure pénale, valida l'arrêté de conflit en tant qu'il réservait à la juridiction administrative l'appréciation de la légalité et, éventuellement, l'interprétation des arrêtés ministériels en cause.

En fait, si l'on peut se permettre un mauvais jeu de mots, il semble bien, en la circonstance, que ce soit le juge judiciaire, autant que le requérant, qui ait été assigné à résidence ! Certes, et c'est un changement indéniable par rapport à la jurisprudence « *Dame de la Murette* », la distinction entre la collectivité publique et l'agent est supprimée : le Tribunal des Conflits reconnaît la compé-

(12) T.C. 16 novembre 1964, Rec. p. 796 ; A.J.D.A. 1965.II. pp. 156 et 221 ; J.C.P. 1965.II.14286, note Langavant, G.P. 1965.I. p. 64 ; R.A. 1965 p. 265, note Bretton.

tence judiciaire, que ce soit contre les agents ou contre une personne morale de droit public », pour accorder la réparation des dommages subis. Le Conseil d'Etat l'a reconnu à son tour dans l'arrêt « Voskresensky » du 9 juillet 1965 (13) et l'arrêt « Tochou », du 22 avril 1966 (14). Mais la compétence judiciaire n'existe que, d'une part, en cas de voie de fait, et d'autre part, après constatation éventuelle par le juge administratif de l'illégalité de la mesure, par voie d'action principale ou de question préjudicielle.

Pour parvenir à ce résultat, le Haut Tribunal régulateur a eu recours à une interprétation restrictive de l'article 136 du Code de Procédure pénale ; sa démarche est développée d'une manière assez explicite dans l'arrêt. La disposition de l'article 136, estime-t-il « déroge au principe de la séparation des pouvoirs » (c'est-à-dire ici au principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires) ; « elle doit donc être interprétée strictement et la dérogation qu'elle édicte ne peut être étendue au-delà de ce que prévoient ses termes mêmes ». Or, l'article 136 n'attribue compétence aux tribunaux civils « ni pour se prononcer sur la légalité d'actes administratifs ni pour interpréter des décisions administratives individuelles », en dehors du cas de voie de fait. Il ne prévoit la compétence judiciaire que pour assurer la réparation du préjudice, et le juge civil ne peut se fonder sur l'illégalité ou sur l'interprétation de la décision administrative que si celle-ci a été annulée ou, sur question préjudicielle, déclarée illégale ou interprétée.

Dès lors, la solution du cas d'espèce s'imposait logiquement : le sieur Clément demandait réparation du dommage subi à cause d'une mesure privative de liberté qu'il estimait arbitraire, et donc illégale. Ceci impliquait l'appréciation de la légalité de cette décision, question préjudicielle dont seule la juridiction administrative pouvait connaître.

(13) D.A. 1965 n° 308 ; A.J.D.A. 1965 p. 603, concl. Fournier : « Par application (des) dispositions (de l'article 136 du code de procédure pénale) et sous réserve de renvois éventuels pour questions préjudicielles concernant la légalité ou l'interprétation d'un acte administratif, le juge administratif est incompétent pour connaître des conclusions de la requête du sieur Voskresensky tendant à la condamnation de l'Etat à raison de son incarcération, sans qu'il y ait lieu de rechercher si cette mesure a revêtu le caractère d'un internement administratif ou si elle peut être rattachée à une opération de police judiciaire. »

(14) R.D.P. 1966 p. 584, concl. Galmot ; D. 1966 p. 504, note Dran. Jurisprudence désormais bien établie : voir encore C.E. 19 avril 1967, Carboulec, D.A. 1967 n° 157.

Pratiquement, l'application de l'article 136 est subordonnée à l'accord, ou tout au moins à l'absence d'opposition de l'Administration ou du juge administratif. Que se passe-t-il en effet pour le requérant ? Il peut d'abord saisir directement la juridiction administrative : en ce cas, il n'y a aucune difficulté, puisque celle-ci se prononcera avant saisine éventuelle du juge judiciaire. Si, par contre, comme l'article 136 C.P.P. semblerait l'y pousser, il saisit le juge judiciaire en réparation du dommage subi, il devra fournir la preuve du préjudice et se fonder soit sur l'existence d'une voie de fait, soit sur l'illégalité ou sur une mauvaise interprétation de l'acte. Mais alors, l'Administration peut soutenir qu'il n'y a pas voie de fait, mais simple illégalité : la procédure du conflit lui permet en ce cas de porter le débat devant le Tribunal des Conflits, et par conséquent d'être soustrait à la compétence judiciaire. D'autre part, le fait de savoir s'il y a ou non illégalité ou mauvaise interprétation — qui sont les sources de la réparation — est une question préjudicielle qui oblige le juge judiciaire à surseoir à statuer. Dans tous les cas, la juridiction judiciaire est à la discrétion de la juridiction administrative ou du Tribunal des Conflits : c'est ce qui s'appelle proprement « être enfermé », pour employer une expression extra-juridique.

Il est incontestable que, dans la protection de la liberté individuelle, l'autorité judiciaire voit son rôle amoindri par rapport à la juridiction administrative. D'abord, le juge judiciaire intervient toujours en second lieu ; ensuite, son action est subordonnée à la décision du juge administratif : si la mesure privative de liberté est reconnue légale, il n'y aura pas d'indemnisation possible, et donc pas de compétence judiciaire ; ce n'est que si elle est reconnue irrégulière que le juge judiciaire pourra accorder réparation du dommage subi par la victime, mais il aura reçu au préalable, en quelque sorte, la bénédiction du juge administratif !

Avec un tel système, on le voit, le défenseur véritable de la liberté individuelle est le juge administratif, sa compétence « initiale » lui conférant une prépondérance de fait. Sur ce point, l'arrêt Clément apparaît en retrait par rapport à la jurisprudence « Barinstein » (15), qui établissait la compétence judiciaire en cas d'atteinte grave portée « à l'inviolabilité du domicile privé, et par suite, à la liberté individuelle, ainsi qu'au respect dû au droit de propriété ». Des deux principes antagonistes, celui de la sépara-

(15) T.C. 30 octobre 1947, Rec. 511 ; D. 1947 p. 476, note P. L. J. ; S. 1948.3.1, note Mestre ; R.D.P. 1948 p. 86, note Waline ; J.C.P. 1947.II.3966, note Fréjaville ; G.A.J.A. n° 77 p. 298.

tion des autorités prend le pas sur celui de l'autorité judiciaire gardienne des libertés individuelles : l'un est la règle, l'autre l'exception. Cela ne veut pas dire, d'ailleurs, que les droits de la victime soient moins bien défendus (c'est un autre problème), car il est probable que les réserves manifestées par le juge administratif le seraient également et peut-être dans une plus grande mesure, par le juge judiciaire. Celui-ci, l'expérience le prouve, n'est pas plus hardi en face de l'administration.

Certains alors objecteront que même si l'interprétation de l'article 136 C.P.P. affaiblit le principe de l'autorité judiciaire gardienne des libertés individuelles (16), il existe néanmoins, œuvre commune de la jurisprudence administrative et judiciaire, un autre chef de compétence en faveur de la juridiction judiciaire : la théorie de la voie de fait. Mais, apparemment essentielle, cette théorie est appliquée d'une manière si limitée que, là aussi, on y trouve confirmation du désir qu'éprouve le juge administratif de soustraire l'action de l'Administration à la compétence judiciaire et d'assurer lui-même la protection des libertés publiques.

Section II

LA COMPETENCE JUDICIAIRE PAR DETERMINATION DU JUGE : LA VOIE DE FAIT

Qui aborde la théorie de la voie de fait a l'impression de pénétrer dans un sanctuaire : les auteurs les plus éminents lui ont consacré force développements et relèvent son importance. Ouvrages spécialisés, études approfondies, notes, commentaires, prises de position se relaient pour la disséquer et la passer au microscope (17) sans compter les manuels, qui en font un des piliers du droit administratif.

(16) Voir P. AMSELEK : « Les vicissitudes de la compétence juridictionnelle en matière d'atteintes administratives à la liberté individuelle », R.D.P. 1965, p. 801.

(17) DE CHABERT-OSTLAND : « Contribution à l'étude des voies de fait en droit administratives » Thèse Lille 1907.

— DELBEZ : « La compétence contentieuse en matière d'emprises administrative sur les propriétés privées », Thèse Montpellier 1926.

— DESGRANGES : « Essai sur la notion de voie de fait en droit administratif français », Thèse Poitiers 1937.

— DUFAY : « Le compétence juridictionnelle en matière de voie de fait administrative », Thèse Paris 1951 (dactylographie).

Mais la réalité est là pour réduire cette belle construction à de plus justes proportions, et si la voie de fait doit être un paradis, elle apparaît plutôt comme un paradis perdu dont on ne connaît l'existence que pour s'entendre rappeler que rares sont ceux qui y pénètrent. Unanimes à l'énoncer et à s'y étendre, jurisprudence et doctrine semblent vouloir se faire pardonner de ne pas l'appliquer plus souvent : de 1953 à 1964 inclus, on relève dans la jurisprudence administrative et celle du Tribunal des Conflits 23 reconnaissances de voie de fait (du moins à partir du Recueil Lebon ; si on ajoute 7 ou 8 décisions publiées dans d'autres revues ou inédites, on arrive à un chiffre approchant la trentaine). Quant à la juridiction judiciaire, elle n'est pas plus généreuse : pour la même période, la Cour de Cassation a admis l'existence d'une quinzaine de voies de fait, chiffre voisin de celui qui apparaît au vu des décisions de Cours d'Appel ou de juridictions de première ins-

- DEBARY : « La voie de fait en droit administratif », C.G.D.J. 1960.
- VOUTERS : « De la règle que l'autorité judiciaire est gardienne de la propriété privée », Thèse Lille 1940.
- SCHEURER : « La théorie en vertu de laquelle les tribunaux judiciaires sont gardiens de la propriété privée », Thèse Grenoble 1953 (dactylographie).
- ROBERT : « Les violations de la liberté individuelle commises par l'Administration », L.G.D.J. - B.D.P. 1956.
- DUCOS-ADER : « Le droit de réquisition », L.G.D.J. 1956.
- CHAPUS : « Responsabilité publique et responsabilité privée », L.G.D.J. 1957.
- GOYARD : « La compétence des tribunaux judiciaires en matière administrative », Domat-Montchrestien 1962.
- AUBY-DRAGO : « Traité de contentieux administratif », T. I, p. 552.
- BRETON : « L'autorité judiciaire gardienne des libertés essentielles et de la propriété privée », Paris L.G.D.J. 1964, p. 45.

Articles et études :

- VEDEL : « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Baristein », J.C.P. 1948.I.682.
- VEDEL : « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser et réparer la voie de fait administrative », J.C.P. 1950.I.851.
- DELVOLVE : « Une crise du principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire : la jurisprudence du Tribunal des Conflits de 1947 à 1950 », E.D.C.E. 1950 p. 20.
- GAL : « La juridiction compétente pour connaître des atteintes aux droits fondamentaux de la personne qu'il y ait ou non voie de fait administrative », J.C.P. 1951.I.927.
- AUBY : « Emprise irrégulière et voie de fait », J.C.P. 1955.I.1259.
- MEURISSE : « La définition de la voie de fait », G.P. 1950.II. Doctr. p. 28.
- BLAEVOET : « Variations sur la voie de fait administrative », D. 1950 p. 85.
- BOUFFANDEAU : « La délimitation de la compétence de la juridiction administrative par la jurisprudence du Tribunal des Conflits », Livre jubilaire du C.E. 1954 p. 153.
- PUISOYE : « La voie de fait en droit administratif », S. 1962 chr. p. 53.
- LECLERCQ : « Le déclin de la voie de fait », R.D.P. 1963 p. 657.
- AUBY : Note sous T.C. 25 novembre 1963, deux arrêts : Commune de Saint-Just-Chaleyssin et Epoux Pelé, J.C.P. 1964.II.13493.
- WEIL : Note sous C.E. 15 février 1961, D. 1961 p. 612.

tance. Au total, on dénombre ainsi une soixantaine de voies de fait juridiquement établies, soit en moyenne 5 à 6 par an. Parmi elles, les trois quarts environ concernent une atteinte au droit de propriété, et le dernier quart seulement, la violation de libertés publiques proprement dites ; pour s'en tenir à la jurisprudence administrative et à celle du Tribunal des Conflits, sur les 23 cas reconnus (et publiés au Recueil Lebon), 17 ont trait à des atteintes à la propriété privée et 6 à des atteintes aux libertés proprement dites : C.E. 25 juin 1954 Escorbiac (18), T.C. 10 décembre 1956 Randon (19), C.E. 20 mai 1957 Galabert (20), C.E. 26 juin 1957 Loxq (21), T.C. 25 novembre 1963 Commune de Saint-Just-Chaleyssin (22), T.C. 25 novembre 1963 époux Pelé (23).

Par. 1. - La prétendue « théorie » de la voie de fait.

Ces résultats ne sont certes pas négligeables, mais si on les considère à la lumière de la définition traditionnelle de la voie de fait, atteinte particulièrement grave portée par un acte ou une opération de l'Administration au droit de propriété ou aux libertés publiques définies par la loi, ils ne peuvent qu'apparaître insuffisants. Personne ne peut croire raisonnablement que les cas de voie de fait se soient réduits à un tel point, surtout si l'on songe aux nombreuses atteintes portées par l'Administration, durant les événements d'Algérie, aux libertés publiques fondamentales, telles que sûreté individuelle, liberté du domicile, liberté de la presse... Vue sous cet angle, la pratique est loin de correspondre à la théorie.

§ 1) Mais précisément, s'agit-il d'une véritable théorie ? Les auteurs, dont l'esprit logicien essaie de tout expliquer, même l'inexplicable, veulent dégager un fondement, un domaine d'application, des règles, une procédure, bref une définition complète aboutissant à une notion conceptuelle de la voie de fait. Or, il n'est pas certain

(18) Rec. p. 388 ; A.J.D.A. 1954.II.bis 7 chr. Long : arrestation et détention.

(19) Rec. p. 592, concl. Guionin ; . 1957 p. 313, concl. Guionin ; D. 1957 p. 483, concl. Guionin ; R.D.P. 1957 p. 883, note Waline ; R.A. 1958 p. 29, note Liet-Veaux ; J.C.P. 1958.II.10350, concl. Guionin ; A.J.D.A. 1957.II.94 chr. Fourrier et Braibant : violation de la liberté de la correspondance.

(20) Req. n^{os} 97.951 à 97.955 Tables p. 882 : arrestation et détention arbitraire.

(21) Loxq, Rec. p. 419 : arrestation.

(22) Commune de Saint-Just-Chaleyssin, Rec. p. 793, concl. Chardeau ; J.C.P. 1964.II.13493, note Auby : violation du respect des sépultures.

(23) Epoux Pelé, Rec. p. 795 ; J.C.P. 1964.II.13493, note Auby : violation de la liberté du domicile.

que la jurisprudence poursuive un tel but. « Il est frappant de constater, écrit M. Debary, que la doctrine tente de définir la voie de fait comme une notion « conceptuelle » a priori, sans rechercher si vraiment la jurisprudence accorde à la voie de fait la valeur d'un concept » (24). Affirmer que lorsque telle et telle condition sont remplies, on est en présence d'une voie de fait, c'est supposer qu'il existe un principe antérieur, une règle préétablie, dont on fait application au cas d'espèce. Mais la jurisprudence ne va pas plus loin que ces cas d'espèce : ce qu'elle veut, c'est défendre les droits individuels selon les nécessités du moment, celles-ci étant essentiellement variables.

D'ailleurs une véritable théorie de la voie de fait repose sur une inaptitude de la juridiction administrative à garantir efficacement l'exercice des libertés publiques et sur une présomption de protection au profit de la juridiction judiciaire. S'il en était ainsi, la victime aurait évidemment intérêt à ce que l'atteinte qui lui a été portée soit qualifiée de voie de fait ; un des juges étant censé lui être plus favorable que l'autre, c'est devant lui qu'elle devrait porter son action et elle serait lésée si on lui en déniait la possibilité.

Mais justement, tous les efforts de la juridiction administrative tendent à prouver qu'elle est en mesure d'assurer aussi bien, sinon mieux, la garantie des libertés que la juridiction judiciaire, et que la présomption de protection doit jouer également en sa faveur. Elle ne nie pas le rôle de la juridiction judiciaire, elle veut simplement montrer qu'elle peut de son côté, comme cette dernière, garantir les libertés publiques, et en tout cas qu'elle est davantage à même de connaître des actes de l'Administration que la juridiction judiciaire. La qualification de voie de fait dépend en réalité beaucoup plus de l'attitude adoptée par l'Administration, la jurisprudence administrative et le Tribunal des Conflits que de la référence à des règles objectives et précises. Voilà pourquoi il est si difficile, voire impossible, de dégager des règles générales en matière de voie de fait. C'est une notion subjective, variable et relative ; comme l'a montré M. Debary, la question essentielle de la voie de fait n'est pas tant un problème de compétence, portant sur la préférence de la juridiction judiciaire par rapport à la juridiction administrative, qu'un problème de fond, celui du régime à appliquer à un acte (25).

(24) *Op. cit.*, p. 4.

(25) DEBARY, *op. cit.*, p. 2.

Il peut certes sembler paradoxal d'affirmer que la voie de fait dépend de l'Administration ou de la juridiction administrative, alors que le seul énoncé de l'expression « voie de fait » fait surgir, dans l'esprit du juriste, tel un réflexe conditionné, l'expression « compétence judiciaire ». Mais en pratique, les choses se déroulent différemment : deux solutions s'offrent à la victime. Elle peut tout d'abord porter son action devant la juridiction administrative par la voie du recours pour excès de pouvoir ou du recours de pleine juridiction, ou encore par les deux voies simultanément et conjointement. En ce cas, il n'y a pas de problème du côté de l'Administration (d'accord ou pas, elle devra laisser se dérouler l'instance); quant au juge administratif, ou bien il se reconnaît compétent, et statue en fonction des circonstances de l'espèce, ou bien, estimant que le régime de droit administratif n'est pas applicable en l'espèce, il se reconnaît incompétent et renvoie le requérant devant la juridiction judiciaire. Celle-ci, par hypothèse, statuera avec l'accord de la juridiction administrative (exemples : les arrêts précités « Escorbiac », « Galabert », « Loxq »). Il y a bien une troisième hypothèse : celle où la juridiction judiciaire se reconnaît également incompétente, estimant qu'il n'y a pas voie de fait. Mais, outre que cette éventualité apparaît fort improbable, on retombe alors dans la procédure du conflit négatif de compétence. D'ailleurs, depuis le décret du 25 juillet 1960, la seconde juridiction saisie (ici la juridiction judiciaire) devrait surseoir à statuer et soumettre le litige au Tribunal des Conflits.

Mais la victime peut aussi porter son action directement devant le juge judiciaire si elle prétend qu'il y a voie de fait. En ce cas, ou bien l'Administration ne manifeste pas d'opposition et l'instance se déroule normalement ; ou bien elle conteste l'existence d'une voie de fait, et marque son désaccord par l'élévation du conflit : c'est alors au régulateur des compétences qu'il appartient de se prononcer, dans un sens ou dans l'autre.

Par conséquent, dans tous les cas où la juridiction judiciaire statue, c'est avec l'accord ou bien de l'Administration, ou bien de la juridiction administrative, ou bien du Tribunal des Conflits. Enfin, on peut mentionner le cas où, saisie par la victime, la juridiction judiciaire ou la juridiction administrative s'en remet du soin de trancher au Tribunal des Conflits, quand il existe une « difficulté sérieuse de compétence » (décret du 25 juillet 1960). Dans l'affaire « Commune de Saint-Just-Chaleyssin » (26), le Haut Tri-

(26) T.C. 25 novembre 1963, précité.

bunal régulateur s'est prononcé sur renvoi de la Cour de Cassation (27), laquelle en présence de divergences entre les jurisprudences administrative et judiciaire, estimait qu'il y avait là une difficulté sérieuse de compétence.

§ 2) Telles sont les diverses hypothèses dans lesquelles la voie de fait peut être reconnue, et l'on mesure, dans ces conditions, la difficulté qu'il y a à rechercher une explication juridique au principe de la compétence judiciaire pour connaître des actes de l'Administration portant une atteinte grave aux libertés individuelles.

L'explication traditionnelle réside dans la théorie de la dénaturation admise dès le 19^{me} siècle, et pendant le premier tiers du 20^{me} par la quasi-totalité de la doctrine, depuis Aucoc jusqu'à M. Desgranges, en passant par Laferrière, Romieu, de Chabert-Ostland, Hauriou, Bonnard (28). « Les voies de fait ont un caractère commun, écrit M. Desgranges, celui d'être une action matérielle accomplie en dehors des pouvoirs de l'Administration, elles forment une catégorie juridique, celle des actions qui ont perdu la nature administrative » (29). La compétence de l'Administration, démontre cet auteur, est dans chaque cas déterminée par le droit positif : lorsque celui-ci a refusé à l'Administration telle compétence, l'acte accompli malgré ce refus ne peut avoir la nature administrative parce qu'il n'a aucun lien avec l'Administration. Aucun administrateur ne peut accomplir des actes qui n'entrent pas dans le champ de la compétence de l'Administration, sinon l'acte est dénaturé par violation objective de la légalité (30). L'acte n'étant plus administratif, le principe de la séparation des autorités ne peut plus être appliqué, puisqu'il ne protège que ce qui est administratif.

Solidement établie, la théorie de la dénaturation est adoptée aujourd'hui par de nombreux auteurs, publicistes et privatistes, membres du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation (31). La

(27) Civ. 1^{re} Ch., 13 juin 1963, A.J.D.A. 1963 p. 687.

(28) Pour une étude exhaustive de ces conceptions doctrinales, voir Cl. GUYARD : « La compétence des tribunaux judiciaires en matière administrative », *op. cit.*, pp. 287 et s.

(29) *Op. cit.*, p. 221.

(30) *Op. cit.*, pp. 225 et s. ; pp. 70 et s.

(31) Voir Ph. BRETTON : « L'autorité judiciaire gardienne des libertés essentielles et de la propriété privée », p. 92, notes 7 à 10.

jurisprudence en fait application : jurisprudence judiciaire (32) et Tribunal des Conflits (33).

Mais d'un autre côté, la jurisprudence a démenti cette théorie en l'appliquant non à tous les actes matériels qui, accomplis en violation de la légalité, auraient dû perdre la nature administrative, mais seulement à certains d'entre eux : ceux portant atteinte au droit de propriété ou à certaines libertés. Quelles libertés ? La doctrine, assez hésitante, parle de « liberté publique prévue et organisée par la loi » (34), « libertés publiques fondamentales » (35), « libertés publiques bénéficiant d'une garantie spécialement organisée » (36), « droits individuels publics fondamentaux » (37), « droits fondamentaux des individus » (38), « liberté publique quelconque » (39).

Le Conseil d'Etat, dans sa jurisprudence la plus récente, parle de « liberté publique fondamentale ». Dans un arrêt « Dame Klein » du 8 avril 1961 (39 bis) il a jugé que l'acte par lequel un maire procédait à l'enlèvement d'office d'une palissade pour faire cesser un empiètement sur la voie publique était irrégulier, car les conditions de l'exécution d'office — urgence et absence de sanctions pénales — n'étaient pas réalisées, mais ne constituait pas une voie de fait car il n'a porté aucune atteinte soit au droit de propriété de la requérante, soit à une liberté fondamentale ». Cette formule semble faire jurisprudence et a été reprise *in extenso* par le Tribunal administratif de Lille dans un jugement du 3 novembre 1961 (40).

(32) Cass. Civ. 27 février 1950, J.C.P. 1950.II.5517, note Cavarroc : « L'implantation à demeure de pylônes sur un terrain clos... lorsqu'elle est effectuée malgré l'opposition du propriétaire, constitue une voie de fait, acte dépouillé de tout caractère administratif » ; de même : Cass. Civ. 13 mars 1956, A.J.D.A. 1956.II. p. 241 n° 233 ; Cass. Civ. 8 décembre 1958, A.J.D.A. 1959.II. p. 224 n° 197.

(33) T.C. 14 novembre 1960, Préfet du Calvados c/ Dame Duchêne, A.J.D.A. 1961.II. p. 158 n° 64 : l'action... « a donc cessé d'être un acte administratif pour devenir une voie de fait ».

(34) AUBY et DRAGO : « Traité », I, n° 466, p. 568.

(35) RIVERO, Dt adm. p. 154 ; MALEVILLE, J. Cl. Adm. Fasc. 605 n° 73 ; PUISOYE, « La voie de fait administrative » S. 1962 chr. 55.

(36) ODENT, « Contentieux administratif » 1961-1962, p. 240.

(37) GOYARD, *op. cit.*, p. 423.

(38) VEDEL : « Droit administratif », p. 91.

(39) DE LAUBADÈRE : « Traité élémentaire », n° 746.

(39 bis) Rec. p. 216 ; S. 1961 p. 249 note Lassale ; D. 1961 p. 587 concl. Henry et p. 621 note Weil ; A.J.D.A. 1961 p. 332 chr. Galabert et Gentot.

(40) Consorts Vassal, A.J.D.A. 1962.II.298 concl. Quandalle : « L'administration... n'a pas porté atteinte soit au droit de propriété des requérantes, soit à une liberté fondamentale, et n'a par suite commis ni emprise ni voie de fait. »

Ce n'est donc pas la dénaturation qui fonde la compétence judiciaire, mais bien la protection du droit de propriété et des libertés fondamentales, et si la compétence judiciaire n'est pas limitée par la règle de la séparation des autorités, c'est parce que des irrégularités graves ont été commises par l'Administration, abus justifiant le retrait de certains privilèges, parmi lesquels le privilège de juridiction. Le transfert de compétence reposerait alors sur l'idée de sanction, comme l'ont affirmé MM. Vedel (41) et Auby (42). « Ce n'est pas au fond parce qu'il y a voie de fait que la règle de la séparation des autorités est sans application : c'est de façon plus profonde pour éviter de l'appliquer qu'on dit qu'il y a voie de fait », écrit en particulier le doyen G. Vedel.

§ 3) Mais si, allant plus loin, on rapproche ces affirmations de la constatation faite ci-dessus, selon laquelle la qualification de voie de fait suppose l'accord de l'autorité administrative, de la juridiction administrative ou du Tribunal des Conflits, on s'aperçoit que la compétence judiciaire repose sur le principe de l'autorité judiciaire gardienne des libertés, mais que l'appréciation de l'irrégularité qui entraînera ou non cette compétence judiciaire est laissée en dernier ressort à la juridiction administrative ou au Tribunal des Conflits. Le principe devient donc : principe de l'autorité judiciaire gardienne des libertés publiques par transfert volontaire de compétence de la part de la juridiction administrative ou du Tribunal des Conflits. C'est dire que les tribunaux administratifs sont les protecteurs de droit commun des libertés et que, pour eux, l'octroi de la compétence aux juridictions judiciaires est une manière de protéger les libertés. Ceci est d'ailleurs conforme à la solution dégagée par le Conseil d'Etat dans l'arrêt « Werquin » du 15 février 1961 (43). Statuant sur une demande d'indemnisation d'une réquisition municipale de logement qui était régulière, le Conseil d'Etat relève que le litige « est relatif au paiement d'une dette d'une commune née d'une opération de puissance publique ; en l'absence de texte spécial attribuant compétence à l'autorité judiciaire, un tel litige relève du juge administratif ». En l'absence de texte contraire, le juge naturel du droit de propriété est le juge administratif, non le juge judiciaire.

(41) Article précité, J.C.P. 1950.I.851.

(42) Article précité, J.C.P. 1955.I.1259.

(43) Rec. p. 118 ; D. 1961 p. 661 note Weil ; J.C.P. 1961.II.12259 note Auby ; R.D.P. 1961 p. 321, concl. Braibant, et p. 1253 note Waline ; A.J.D.A. 1961 p. 197, chr. Galabert et Gentot.

Ainsi la voie de fait n'est pas, du moins en soi, le mode de protection privilégiée par opposition à d'autres, elle est un des modes de protection des libertés dont dispose l'Administration. Il n'y a pas de théorie de la voie de fait, mais seulement des cas de voie de fait, par « décompétence administrative » au profit de la compétence judiciaire. Administration et juridictions administratives y auront recours chaque fois que, face à une atteinte particulièrement grave de l'Administration, elles éprouveraient quelque gêne et hésitation si elles devaient la réprimer elles-mêmes ; elles préféreront s'en remettre au juge judiciaire du soin de la sanctionner, parce qu'il est indépendant de l'Administration, parce qu'il dispose de pouvoirs plus étendus, ou pour toute autre raison.

On rejoint alors à la fois l'idée de protection des libertés et celle de sanction, mais sous un aspect interne à l'Administration et aux juridictions administratives : rien n'est imposé au dehors, tout est consenti. Dans une étude récente (44), M. Claude Leclercq a parfaitement mis en lumière ce côté de la question. Pour quelles raisons admettre la compétence judiciaire, se demande-t-il ? Parce que, dès l'instant où l'Administration sort de sa mission normale « et cause un dommage à un particulier soit dans sa personne soit dans ses biens, qui ne se relie plus à aucun pouvoir dont elle peut être dotée, les Tribunaux administratifs hésiteront à sanctionner par un jugement au fond l'action profondément illégale de l'Administration » (45). L'auteur cite alors le doyen Vedel qui écrivait : « A partir d'un certain degré d'illégalité, privée de tout support légal, l'action des agents publics ne peut même plus se couvrir d'une apparence de légitimité et dégénère en un acte de pure force, sans justification possible, c'est-à-dire précisément en voie de fait. Dès lors, rien ne fait plus obstacle à ce que les juridictions ordinaires en connaissent » (46). Mais s'interroge M. Leclercq, si rien ne s'oppose à ce que les juridictions ordinaires en connaissent, « ne serait-ce pas précisément parce que les juridictions administratives ne tiennent pas tellement à en connaître ? »

On touche là le nœud du problème et tout dépend, au fond, de l'attitude du juge administratif. Celui-ci a montré et montre encore, on le verra, qu'il ne peut être taxé de chauvinisme et de partialité à l'égard de l'Administration. Cependant, poursuit l'auteur, « ne serait-ce que par l'identité de leur formation avec celle

(44) « Le déclin de la voie de fait », R.D.P. 1963 p. 657.

(45) p. 670.

(46) G. VEDEL, art. précité, J.C.P. 1950.I.851.

des administrateurs, les juges administratifs veulent s'éviter la tentation de juger l'administration qui a accompli « un acte de pure force », pour reprendre l'expression de M. Vedel afin que l'équilibre administration - juge administratif - particulier ne soit pas rompu. Les juges administratifs considèrent comme particulièrement inopportun de juger l'action de l'administration qui a profité de ses prérogatives de puissance publique pour porter gravement atteinte aux droits et aux libertés individuels ».

En présence d'une atteinte grave au droit de propriété ou aux libertés fondamentales, le juge administratif, lorsqu'il est gêné pour statuer, trouve plus simple de se tourner vers le juge judiciaire et de lui confier l'appréciation de cet acte. Finalement, la voie de fait profite autant à l'Administration qu'aux particuliers, car elle suppose au point de départ une « autocritique » de la part des autorités administratives, ou une censure du juge administratif ou du Tribunal des Conflits. C'est là, bien sûr, une porte ouverte vers la limitation extrême des cas de voie de fait, l'administration et le juge administratif ayant tendance à se justifier en mettant en avant des causes d'exonération ou des excuses absolutoires. Mais en dernière analyse, c'est au juge qu'il appartient de trancher le débat, en tenant compte des nécessités du moment et en faisant preuve d'objectivité, d'indépendance et de hardiesse.

Par. 2. - Les cas de voie de fait pour violation des libertés publiques.

Ainsi démystifiée, la voie de fait apparaît à sa juste mesure comme instrument de protection du droit de propriété et des libertés publiques. Pour s'en tenir à ces dernières, la jurisprudence exige, pour déclarer l'atteinte constitutive de voie de fait, qu'elle soit portée à une « liberté fondamentale » (47), c'est-à-dire une liberté sortie de l'anonymat, reconnue et organisée par la loi. Il ne peut s'agir de ces libertés « innommées », qu'aucun texte ne prévoit et qui consistent à « pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui » (art. 4 D.D.H.). Le droit de visiter une cathédrale ou celui de parcourir un site enchanteur ne sont pas des libertés fondamentales (48). On notera seulement que des évolutions peuvent se produire selon les circonstances et qu'une simple virtualité ou une tolé-

(47) C.E. 8 avril 1961, Dame Klein, précité.

(48) Cf. conclusions Gazier S. C.E. 18 novembre 1949, Carlier, R.D.P. 1950 p. 172.

rance, peuvent devenir de véritables libertés. Ainsi en est-il par exemple, de la liberté du camping, considérée comme une tolérance en 1932 (49), et devenue aujourd'hui liberté ne pouvant faire l'objet d'une interdiction générale et absolue (50); rien n'interdit de penser que la liberté du camping ne devienne un jour une liberté fondamentale, au même titre que la liberté du domicile.

La notion de liberté fondamentale est donc variable selon les époques et selon la conception du moment, mais plusieurs libertés publiques sont considérées depuis longtemps comme fondamentales par la jurisprudence.

1. *Sûreté individuelle.*

C'est le cas, au premier chef, *de la liberté de la personne humaine*, c'est-à-dire la sûreté individuelle. « Il appartient à l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle de statuer sur les conséquences de tous ordres des atteintes arbitraires à cette liberté, celles-ci ayant par elles-mêmes le caractère d'une voie de fait » déclare le Tribunal des Conflits (51). De même sont des voies de fait « l'arrestation et la détention sans mandat de justice ou sans mandat d'internement » (52) ainsi que les atteintes à la vie des personnes, « à la liberté et à la sécurité individuelles » (53).

2. *Liberté du domicile.*

La liberté du domicile privé est le corollaire de la liberté individuelle, ainsi que l'a rappelé à plusieurs reprises le Tribunal des Conflits. De nombreux textes la garantissent (54) et elle constitue une liberté publique fondamentale. Les tribunaux judiciaires sont compétents pour apprécier la validité des dispositions du décret

(49) C.E. Ass. 3 juin 1932, Dulaurens - Prétécille, Rec. p. 540, S. 1934.III. p. 43, concl. Detton.

(50) C.E. 14 février 1958, Abisset, Rec. 98, concl. Long ; A.J.D.A. 1958.II.221, ch. Fournier et Combarrous.

(51) 27 mars 1952, Dame de la Murette, Rec. p. 626 ; S. 1952.3.81, note Grawitz ; D. 1954 p. 291, note Eisenmann ; R.D.P. 1952 p. 757, note Waline ; J.C.P. 1952.II.7158, note Blaevoet ; R.A. 1952 p. 268, note Liet-Veaux.

(52) C.E. 25 juin 1954, Escorbiac, Rec. p. 388, A.J.D.A. 1954.II bis p. 7, chr. Long.

(53) T.C. 28 mars 1955, Préfet du Lot-et-Garonne, R.P.D.A. 1956 p. 1, note Eisenmann. Voir également : Orléans 3 juillet 1945, D. 1946 p. 176, note Waline ; Cass. Req. 23 juillet 1947, G.P. 1947.II.207.

(54) Art. 184 et 276 C.P.

du 16 janvier 1947 « à raison de la nature des mesures prévues par lesdites dispositions et de l'atteinte grave qu'elles portent à l'inviolabilité du domicile privé, et par suite à la liberté individuelle ainsi qu'au respect dû au droit de propriété » (55). Plus récemment, le Tribunal des Conflits a réaffirmé qu'en faisant procéder à l'exécution d'office d'un arrêté, alors que les conditions de l'exécution d'office n'étaient pas remplies, un maire « a porté atteinte à l'inviolabilité du domicile privé et par suite, à la liberté individuelle », et que « l'exécution d'office en cause constituait une voie de fait » (56). La liberté du domicile est d'ailleurs fondée plus sur la liberté individuelle que sur le droit de propriété, car le locataire ou le simple occupant peut se réclamer de l'inviolabilité du domicile privé, ce qui se conçoit fort bien (57).

La protection du domicile privé est un des cas où la juridiction judiciaire a pu intervenir, surtout dans les années qui ont suivi la seconde guerre mondiale, pour prévenir la voie de fait dans l'exécution d'arrêtés de réquisition de logement irréguliers (58). Le Tribunal des Conflits avait admis que le bénéficiaire de la réquisition pouvait se voir interdire par le juge des référés de prendre possession du logement, la compétence judiciaire étant fondée sur l'atteinte grave à l'inviolabilité du domicile privé, et par suite à la liberté individuelle (59). Cette application de la jurisprudence « Barinstein » dura jusqu'en 1949, le Tribunal des Conflits estimant que l'exécution d'office des réquisitions de logement prévues par l'ordonnance du 11 octobre 1945 pouvait se rattacher aux dispositions de la loi du 11 juillet 1938 comportant des sanctions pénales, et constituait une voie de fait en l'absence d'urgence. Mais la Cour de Cassation jugea que, les textes s'interprétant strictement en matière pénale, les sanctions prévues par la loi du 11 juillet 1938 ne pouvaient s'appliquer aux réquisitions de logement prévues par l'ordonnance du 11 octobre 1945 (60). Le lendemain même, le Tri-

(55) T.C. 30 octobre 1947, Barinstein, Rec. 511 ; D. 1947 p. 476, note P. L. J. ; J.C.P. 1947.II.3966, note Fréjaville ; S. 1948.III.I note Mestre ; R.D.P. 1948 p. 86, note Waline ; G.A.J.A. n° 77 p. 298.

(56) T.C. 25 novembre 1963, Epoux Pelé, Rec. p. 795 ; J.C.P. 1964.II.13493, note Auby.

(57) T.C. 22 décembre 1949, Dame Masson, Rec. p. 619.

(58) Cf. Bretton, *op. cit.*, pp. 47-48.

(59) T.C. 18 décembre 1947, Hilaire, J.C.P. 1948.II.4087, note Vedel ; D. 1948 p. 62, note Fréjaville.

(60) Cass. Crim. 11 mai 1949, Procureur Général près la Cour d'Appel de Colmar c/ Femme Strub épouse Fritsch, D. 1949 p. 261, rapport Pépy ; S. 1949. I.129, note P. de F.-R. ; R.D.P. 1949 p. 371, note Waline ; J.C.P. 1949.II.4908, note Fréjaville.

bunal des Conflits s'inclinait et décidait « qu'à défaut de sanction pénale, les prescriptions de l'ordonnance de 1945 ne peuvent rester lettre morte » ; dès lors, l'exécution d'office des réquisitions de logement était reconnue régulière (61).

3. *Droit à la sépulture.*

Si la liberté individuelle et celle du domicile privé sont des libertés « fondamentales », il semble bien en être de même aujourd'hui de ce droit un peu particulier que constitue le « *droit à la dernière demeure* » ou « *droit au repos éternel* », comme on voudra, qui tient à la fois de la liberté individuelle, de la liberté du domicile et du droit de propriété.

Certes, il est bien difficile d'appeler « liberté » un droit dont chacun, à part les candidats au suicide, entend user le plus tard possible, et préférerait même ne pas user du tout, mais le Tribunal des Conflits a jugé récemment que l'atteinte qui lui était portée pouvait être constitutive de voie de fait (62). Un maire prétextant que les titulaires d'une concession funéraire ne s'étaient pas conformés aux prescriptions d'un arrêté municipal réglementant l'aménagement des caveaux, avait, d'office, fait exhumer les corps enterrés dans l'emplacement et attribué le terrain à une autre famille. Le Tribunal des Conflits déclara qu'il « était interdit au maire, en l'absence de toute urgence, de procéder à une exécution d'office, alors que la contravention alléguée était passible de sanctions pénales ; qu'une telle exécution d'office, qui a dépossédé illicitement les époux Thomas de la sépulture qu'ils avaient fondée et qui a violé le respect dû aux tombes des morts, a constitué une voie de fait ».

Les contrats de concession de terrains dans les cimetières relèvent d'un régime de droit public et de la compétence des juridictions administratives (63), mais l'atteinte aux droits du concessionnaire peut constituer une voie de fait, en particulier lorsque l'administration reprend une concession en cours de validité et fait pro-

(61) T.C. 12 mai 1949, Dumont c/ Bonnel, Rec. p. 596 ; mêmes références que l'arrêt de la Chambre Criminelle du 11 mai 1949.

(62) T.C. 25 novembre 1963, Commune de Saint-Just-Chaleyssin, Rec. p. 793, concl. Chardeau ; J.C.P. 1964.II.13493, note Auby.

(63) Cf. AUBY : « Le caractère administratif des concessions funéraires », R.P.D.A. 1956 p. 65 ; J. GEORGEL : « Notre dépouille mortelle : les cimetières. Etude de jurisprudence », A.J.D.A. 1963 p. 607 ; C.E. 21 octobre 1955, Demoiselle Méline, Rec. p. 491 ; D. 1956 p. 543, concl. Guionin.

céder à l'exhumation des corps. Telle était la position de la juridiction judiciaire, depuis longtemps (64), mais le Conseil d'Etat adoptait une solution contraire et décidait qu'il y avait là non des voies de fait, mais des fautes de service engageant la responsabilité de la commune (65).

C'est la raison pour laquelle la Cour de Cassation a soumis cette « difficulté sérieuse de compétence » au Tribunal des Conflits, comme le décret du 25 juillet 1960 l'y autorise. Ce dernier a tranché le débat dans un sens favorable à la thèse des juridictions judiciaires, prenant une position moins stricte que celle du Conseil d'Etat. Comme l'a noté M. le professeur Auby, la formule de l'arrêt est « assez ambiguë », mais le Tribunal des Conflits se fonde plus, semble-t-il, sur la violation du « respect dû aux tombes des morts », que sur l'atteinte au droit de propriété que le terme « dépossession » paraît impliquer. S'agit-il vraiment d'un « droit fondamental jusqu'ici innomé » ? (66). Ce serait plutôt une manifestation — la dernière dans le temps — de la sûreté individuelle, reposant sur l'idée de respect : respect de la personne humaine et de ses droits, durant son existence et après sa mort, respect du temple de la pensée... En ce sens, la notion de « droit fondamental » se rapproche beaucoup de celle de « liberté fondamentale », celle-ci n'existant que par celui-là. Il reste que le Tribunal des Conflits adopte une interprétation plus large que celle retenue par le Conseil d'Etat, estimant que la violation d'une concession funéraire est « une atteinte à une liberté fondamentale protégée par la loi du 15 novembre 1887 : celle de régler librement les conditions des funérailles et des sépultures » (Concl. Chardeau). La voie de fait se voit-elle ouvrir pour autant « des horizons nouveaux » ? (67) L'avenir le dira.

4. *Secret de la correspondance.*

Autre droit inhérent à la personne humaine, le « *secret de la correspondance* » protège non seulement le droit de propriété, mais aussi et surtout la liberté de pensée ; il constitue une liberté fondamentale dont la violation est sanctionnée pénalement. L'article 187 du Code pénal, al. 1, énonce : « Toute suppression, toute ouver-

(64) Cf. Paris 29 octobre 1947, D. 1948 p. 59.

(65) C.E. 20 janvier 1956, Ville de Royan, Rec. p. 26 ; A.J.D.A. 1956.II.87, note Auby ; C.E. 22 février 1957, Ville de La Rochelle, Rec. p. 120.

(66) AUBY, note précitée.

(67) Cf. AUBY, note précitée.

ture de lettres confiées à la poste, commise ou facilitée par un fonctionnaire ou un agent du Gouvernement ou de l'Administration des Postes sera punie d'une amende de 500 F à 3 000 F et d'un emprisonnement de trois mois à cinq ans. Le coupable sera de plus interdit de toute fonction ou emploi public pendant cinq ans au moins et dix ans au plus ».

Dans la célèbre affaire « Randon », qui défraya la chronique judiciaire pendant plusieurs années, le Tribunal des Conflits a eu l'occasion de qualifier de voie de fait la violation du secret de la correspondance (68). Quelques jours avant les élections du 17 juin 1951, des plis contenant une proclamation rédigée par l'« Association des représentants du peuple de la III^{me} République » qui protestait contre l'inéligibilité frappant ses membres, furent retenus par le Receveur des Postes d'Auxerre, sur ordre du Préfet, jusqu'au 18 juin au matin, soit jusqu'à la clôture de la période électorale. Conformément aux conclusions de M. Guionin, le Tribunal des Conflits devait déclarer que « les agissements reprochés aux sieurs Brunel et Cornevaux constituent une atteinte à la sécurité des correspondances, liberté essentielle, garantie par l'article 187 du Code pénal, et que par suite, ils ont le caractère d'une voie de fait donnant aux tribunaux judiciaires compétence pour statuer sur les conséquences dommageables de ces agissements ». Le commissaire du Gouvernement montra que la difficulté de dissocier les faits qui motivaient la poursuite, de la fonction de leurs auteurs, prouvait que la distinction traditionnelle entre faute de service et faute personnelle était « mal adaptée » en l'espèce, et fit appel à la notion de voie de fait, qui « recouvre aussi bien le fait du service public que l'acte du fonctionnaire qui a ordonné ce fait ou qui l'a accompli ». Cette solution était conforme à la jurisprudence passée du Tribunal des Conflits (69) et M. Guionin déclara que la voie de fait n'impliquait pas « reconnaissance automatique ou intégrale de la responsabilité personnelle des agents qui ont ordonné ou exécuté cette voie de fait ». La seule constatation d'une voie de fait ne suffit pas ; encore faut-il pour que le fonctionnaire soit condamné qu'un fait personnel puisse lui être imputé (70). C'est là une protection pour

(68) T.C. 10 décembre 1956, Randon et autres, Rec. p. 592, concl. Guionin ; R.D.P. 1957 p. 883, note Waline ; R.A. 1958 p. 29, note Liet-Veaux ; A.J.D.A. 1957.II p. 94 n° 81, chr. gén. de jurisprudence administrative.

(69) T.C. 25 mars 1889, Usannaz-Joris, D.P. 1890.3.66-67 ; T.C. 15 février 1890, Vincent, Rec. p. 183.

(70) Cass. Civ. 30 novembre 1955, Guislain, et Cass. Civ. 12 décembre 1955, Crédit commercial de France, cités par M. le Professeur Waline, in R.D.P. 1956 p. 564.

la victime qui a tout intérêt à avoir en face d'elle une collectivité publique plutôt que l'agent, la plupart du temps insolvable. Cette jurisprudence s'insère dans le contentieux général de la responsabilité et se traduit par une tendance à élargir le plus possible les recours offerts à la victime contre la collectivité publique, en restreignant par contrecoup la notion de faute personnelle.

5. *Liberté de la presse.*

La sûreté individuelle, avec ses corollaires : inviolabilité du domicile, respect dû à la tombe des morts, secret de la correspondance, sont les libertés fondamentales dont la violation est susceptible de constituer une voie de fait à notre époque. Ce sont, tout au moins, celles que la jurisprudence contemporaine considère comme telles. Leur liste n'est évidemment pas limitative, mais on constate que les violations d'autres libertés, qui dans le passé, donnaient assez fréquemment lieu à reconnaissance de voie de fait, sont aujourd'hui sanctionnées par d'autres moyens ou sont devenues plus rares (ou encore ne sont pas sanctionnées du tout, ainsi qu'on le verra en II^{me} Partie).

C'est le cas, tout d'abord, aussi étonnant que cela puisse paraître, de la *liberté de la presse*. A cet égard, bien que de nombreuses saisies de journaux aient eu lieu, surtout de 1954 à 1962, en corrélation avec les événements d'Algérie, très rares sont celles qui ont été qualifiées de voies de fait. A notre connaissance, jamais, depuis le célèbre arrêt « Action Française » du 8 avril 1935, une juridiction suprême n'a considéré comme constitutive d'une voie de fait une saisie d'imprimés, alors que la saisie est l'atteinte la plus grave que puisse subir la liberté de la presse, car elle empêche la diffusion d'un écrit (71).

La surprise que l'on éprouve, outre le rapprochement entre le nombre assez conséquent de saisies et l'absence de qualification de voie de fait, vient de ce que l'arrêt « Action Française » est traditionnellement présenté comme une illustration typique des deux variétés de voies de fait : voie de fait résultant d'une décision, voie

(71) Cf. GALMOT : « Le contrôle juridictionnel des saisies d'écrits imprimés », E.D.C.E. 1959 p. 57. « Plus radicale que la censure, elle a pour conséquence directe la suppression complète de l'information ou de l'opinion suspectes ; plus dangereuse aussi que la censure, elle peut, par ses conséquences financières indirectes, entraîner la disparition des entreprises de presse et opposition ! »

de fait résultant d'une exécution forcée irrégulière (72). Après les événements du 6 février 1934, le Préfet de police avait fait saisir le journal « L'Action Française » et fut poursuivi devant la juridiction civile par la société du journal. Le conflit ayant été élevé, le régulateur des compétences jugea que la saisie du journal constituait une voie de fait d'abord parce qu'en elle-même, par son caractère exagéré, la décision ne pouvait se rattacher au pouvoir de police de l'Administration, ensuite parce que l'action d'office, en l'espèce, n'était pas justifiée par l'urgence. La saisie, ordonnée d'une façon « aussi générale », n'était pas « indispensable pour assurer le maintien ou le rétablissement de l'ordre public ».

Pourquoi, dans ces conditions, la jurisprudence « Action Française » n'a-t-elle plus reçu d'application, sur le terrain de la voie de fait ? Certes, le contexte actuel est différent, sur le plan économique, de l'époque précédant la seconde guerre mondiale, époque qui était beaucoup plus libérale, mais cela n'explique pas tout. En réalité, l'évolution s'est accomplie sur un terrain différent de celui de la voie de fait, l'Administration ayant eu tendance à cacher une mesure de police administrative sous le couvert d'une mesure de police judiciaire.

Deux cas de saisie, en effet, peuvent se présenter. Si elle est destinée à assurer le maintien ou le rétablissement de l'ordre public, la saisie se présente comme une mesure de police administrative. Il faut donc en premier lieu que la parution de l'écrit constitue une menace grave pour l'ordre public, que les troubles qui pourraient s'ensuivre apparaissent d'une telle violence qu'aucune possibilité matérielle de les faire cesser n'existe, que, compte tenu des circonstances de temps et de lieu, la mesure soit strictement proportionnée au trouble qu'elle a pour objet d'éviter. Ici s'applique la jurisprudence traditionnelle en matière de police, illustrée par l'arrêt « Benjamin » du 19 mai 1933 (73) et, en ce qui concerne la liberté de la presse, l'arrêt « Société Nouvelle d'Imprimerie, d'éditions et de publicité » (74). En second lieu, il faut que la saisie, mesure d'exécution d'office, soit justifiée par l'urgence, c'est-à-dire que le danger couru par l'ordre public soit imminent et immédiat, sinon il peut y avoir voie de fait. Dans un arrêt « Mezerna » du 10 dé-

(72) T.C. 8 avril 1935, *Action Française*, Rec. p. 1226, concl. Josse ; S. 1935. 3.76, concl. Josse ; D. 1935.3.25, concl. Josse, note Waline ; R.D.P. 1935 p. 309, concl. Josse, note Jèze.

(73) S. 1934.3.1, concl. Michel, note Mestre ; D. 1933.3.354, concl. Michel.

(74) C.E. 23 novembre 1951, R.D.P. 1951 p. 1098, concl. Letourneur, note Waline.

cembre 1958 (75), le Conseil d'Etat a ainsi résumé ces règles (76) : « eu égard tant au texte des articles incriminés qu'aux conditions de temps et de lieu dans lesquels ils étaient destinés à être diffusés, l'imminence de cette diffusion présentait pour l'ordre public, dans le département d'Alger, une menace d'une gravité suffisante pour qu'en raison de l'urgence, le préfet d'Alger ait pu légalement prescrire l'ensemble des mesures de police édictées par l'arrêté précité, ainsi que l'application desdites mesures par voie d'exécution d'office, sur toute l'étendue du département susmentionné, au numéro de journal qu'elles concernaient ».

Le contrôle du juge administratif est donc d'une grande efficacité, par application en chaque cas d'espèce de la jurisprudence « Benjamin » ou « Action Française » ; ou plutôt il pourrait être efficace, car devant une telle arme, l'Administration a préféré avoir recours à une voie plus large qui s'offrait à elle : celle de la police judiciaire, dans laquelle elle allait se trouver plus à couvert (77).

Mesure de police judiciaire, la saisie peut être opérée en vertu de l'article 51 alinéa 2 de la loi du 29 juillet 1881, par la police judiciaire ; elle n'est alors possible que lorsqu'elle concerne la répression de certains délits bien spécifiés et la procédure suivie est celle de l'article 14 du Code de procédure pénale, c'est-à-dire que seules la constatation des infractions et la recherche de leurs preuves sont permises aux autorités de police judiciaire, ce qui semble exclure la saisie d'éditions entières. Mais l'extrême sévérité de la sanction prévue contre l'agent responsable — la dégradation civique — lui enlève toute portée pratique, d'autant plus qu'elle intervient au terme d'une procédure très rarement mise en œuvre : la prise à partie.

Plus fréquentes sont les saisies, mesures de police judiciaire, accomplies par les préfets sur la base de l'article 30 du Code de procédure pénale (ancien article 10 C.I.C.). D'après ce texte, les préfets, en matières de crimes et délits contre la sûreté intérieure ou extérieure de l'Etat, et seulement s'il y a urgence, peuvent « faire personnellement tous actes nécessaires à l'effet de constater » ces crimes et délits, mais dans les vingt-quatre heures suivant le début des opérations, ils doivent remettre le dossier de l'affaire

(75) Rec. p. 628.

(76) Il s'agissait d'une interdiction de distribution et de vente, et de la saisie de tous les exemplaires d'un journal sur toute l'étendue du département d'Alger.

(77) Cf. ROBERT : « Propos sur la liberté de la presse », D. 1964 chr. p. 189, spécialement I. A.

au procureur de la République. Une telle saisie est considérée comme une mesure de police judiciaire et, par la transmission des pièces au parquet, devient partie intégrante de la procédure pénale (78). Mais normalement, les pouvoirs que reçoit le préfet ne sont pas plus larges que ceux dont dispose le procureur de la République ou le juge d'instruction : la saisie opérée par le préfet ne pourrait dépasser le nombre d'exemplaires que l'autorité judiciaire est elle-même habilitée à saisir (79).

En principe donc, les saisies illimitées sont interdites au préfet ; en fait, cependant, comme l'a montré M. J. Robert (80), celui-ci, jusqu'à une date assez récente, pouvait se permettre des saisies intégrales d'éditions en étant assuré d'une quasi-impunité. En effet, d'une part les juridictions administratives se sont toujours déclarées incompétentes pour connaître des actions relatives aux opérations de police judiciaire (81), ce qui entraînait une irresponsabilité totale de l'Etat. Restait alors, pour les dirigeants du journal saisi, le recours devant les tribunaux judiciaires sur la base de la faute personnelle commise par le préfet, mais il leur fallait prouver cette faute personnelle, ce qui était très difficile. Voulait-on reprocher au préfet d'avoir saisi la totalité de l'édition ? Les victimes se heurtaient à une jurisprudence extensive des juridictions judiciaires qui, interprétant l'article 54 du Code de Procédure pénale (82), déclaraient que le préfet pouvait saisir « tout ce qui paraissait avoir servi ou avoir été destiné à commettre le crime » (83), ce qui justifie la saisie de l'édition entière. Prétendaient-elles que le crime ou délit motivant la saisie était illusoire ? Un non-lieu ne constitue pas la preuve d'une faute commise par l'agent. Allait-on alléguer l'absence d'urgence ? Par définition, les fonctions préfectorales doivent être accomplies avec zèle, et il serait

(78) T.C. 3 novembre 1958, Blanco, Rec. p. 796.

(79) La Cour de Cassation l'a souvent rappelé : Cass. Civ. 3 août 1874 et Req. 8 février 1876, S. 1876.I.193, note J. E., Labbé ; Cass. Crim. 9 juin 1943, J.C.P. 1943.II.2422.

(80) « Propos sur la liberté de la presse », D. 1964, chr. p. 189.

(81) T.C. 23-25 mars 1889, Dufeuille c/ Préfet de Police, Rec. p. 412 ; C.E. 11 mai 1951, Baud, Rec. p. 265, S. 1952.3.13, concl. Delvolvé, note Drago ; T.C. 27 mars 1952, Clément, Rec. p. 626, S. 1953.3.64.

(82) L'art. 54 C.P.P. prévoit qu'en cas de crimes et délits flagrants, l'officier de police judiciaire « saisit les armes et instruments qui ont servi à commettre le crime ou qui étaient destinés à le commettre ainsi que tout ce qui paraît avoir été le produit de ce crime ». L'article ou le passage incriminé constituerait alors « l'arme » ou « l'instrument » dont parle le texte.

(83) Tribunal Civil Seine 23 décembre 1959, Panigel et autres c/ Papon, préfet de police, J.C.P. 1960.II.11586, note Mimin.

mal venu de le reprocher au préfet... Enfin, serait-il poursuivi, le préfet aurait toujours à sa disposition la procédure du conflit pour le protéger. Bref, comme l'écrit M. Galmot « l'extrême rareté des décisions juridictionnelles rendues à l'occasion des saisies — pourtant très nombreuses — pratiquées dans le cadre de la police judiciaire s'explique certainement par la croyance répandue dans l'opinion qu'il est impossible d'obtenir réparation des dommages causés par de tels actes » (84). Et l'on peut ajouter que cette croyance venait de l'expérience qui faisait que, « contenue sur le plan du contentieux administratif, l'autorité de police changeait de vêtement et réapparaissait dans le cadre plus sûr, de l'action judiciaire » (85).

Aussi, depuis une dizaine d'années, les juridictions ont-elles réagi, mais sans se placer sur le terrain de la voie de fait, auquel elles ont préféré la responsabilité de l'Etat ou la faute personnelle commise par le préfet.

Déjà, dans ses conclusions sur l'affaire « Baud » (86), le Commissaire du Gouvernement Delvolé avait montré que la règle de l'autorité des décisions de justice « ne vaut que pour l'acte de juridiction lui-même... et non pour les actes et opérations qui concourent à sa préparation ». Pour ces derniers par conséquent, la responsabilité de l'Etat pouvait être engagée. C'est ce qu'a admis, quelques années plus tard, la Cour de Cassation dans un arrêt du 23 novembre 1956 : Trésor Public c/D^r Giry (87). Elle a reconnu que la responsabilité de l'Etat pouvait être engagée sans faute, sur le terrain du risque, selon les règles du droit public, même à l'égard des collaborateurs occasionnels de la police judiciaire. Les victimes de saisies arbitraires, effectuées dans le cadre d'une mission de police judiciaire, peuvent désormais obtenir réparation de la part de l'Etat. La compétence judiciaire, qui jusque là était limitée à la connaissance des actions dirigées contre les agents, selon les règles du droit civil, est étendue aux instances engagées contre l'Etat, en vertu des règles générales du droit public. Les dommages causés par les saisies arbitraires pourront être réparés, sur la base de la théorie du risque.

Par ailleurs, afin d'éviter que les autorités administratives, par le jeu de l'article 30 C.P.P., ne masquent une mesure de police

(84) GALMOT, *op. cit.*, E.D.C.E. 1959 p. 65.

(85) J. ROBERT, *op. cit.*

(86) C.E. 11 mai 1951, S. 1952.3.13.

(87) Cass. Civ., D. 1957 p. 34, concl. Lemoine ; J.C.P. 1956.II.9681, note Esmein ; R.D.P. 1958 p. 298, note Waline ; A.J.D.A. 1957.II. p. 91, chr. Fournier et Braibant.

administrative sous le couvert d'un acte de police judiciaire, le Conseil d'Etat exerce un contrôle très poussé de l'objet de l'opération. Selon la jurisprudence « Noualek » (88), c'est l'objet de l'opération qui détermine la qualité de l'auteur de l'acte. Dans deux arrêts du 24 juin 1960 : « Société Frampar » et « S.A.R.L. Le Monde » (89), le Conseil d'Etat a annulé des arrêtés de saisie fondés sur l'art. 80 C. pr. pén. et 10 C. instr. crim., bien que la procédure prévue par les dispositions de ces articles eut été respectée. En effet, estime-t-il, « il résulte manifestement de l'ensemble des circonstances de chacune de ces affaires que les saisies litigieuses ont eu pour objet non de constater des crimes ou délits contre la sûreté intérieure ou la sûreté extérieure de l'Etat et d'en livrer les auteurs aux tribunaux chargés de les punir, mais d'empêcher la diffusion dans le département d'Alger d'écrits insérés dans les numéros précités du journal sus-mentionné ; dans ces conditions, nonobstant les visas des arrêtés qui les ont ordonnées et la transmission des pièces au parquet, les saisies dont s'agit présentent, en réalité, le caractère de mesures administratives ».

C'est à un examen minutieux des faits que s'est livré le Conseil d'Etat. Si les arrêtés n'avaient « manifestement » pas pour objet de constater une atteinte à la sûreté de l'Etat, c'est comme l'a relevé M. Heumann, parce qu'aucun des articles incriminés ne comportait la moindre infraction pénale ; de plus aucune poursuite n'avait été engagée, et la saisie était opérée sur des éditions entières et non sur quelques numéros devant servir de preuve. Le détournement de procédure était si flagrant que le Conseil d'Etat a refusé, sur le fond, de suivre son commissaire du Gouvernement, qui considérait que les mesures attaquées étaient justifiées dans le cadre des pouvoirs spéciaux accordés à l'Administration en Algérie par la loi du 16 mars 1956, et proposait à la Haute Juridiction une substitution de base légale. Le juge a voulu marquer son désir de censurer le détournement de procédure qui aboutissait à un abus caractérisé, même si un résultat semblable aurait pu être atteint par application d'un autre texte.

Voilà pourquoi, d'ailleurs, le juge n'a pas eu recours à la notion de voie de fait, ce qui prouve bien que celle-ci n'est qu'un mode de protection parmi d'autres. Même lorsque la voie de fait

(88) T.C. 7 juin 1951, Rec. p. 636, concl. Delvolvé ; S. 1952.3.13.

(89) S. 1960 p. 348, note Dehbasch ; D. 1960 p. 744, note Robert ; R.D.P. 1960 p. 815, concl. Heumann ; J.C.P. 1960.II.11743, note Gour ; A.J.D.A. 1960 p. 154, chr. Combarous et Galabert ; Rec. p. 142, concl. Heumann ; G.A.J.A. n° 109 p. 479.

n'est pas prise en considération, la protection des libertés peut s'exercer par d'autres moyens. Les sociétés requérantes avaient d'abord demandé l'annulation des arrêtés préfectoraux devant le Tribunal Administratif d'Alger, mais celui-ci s'était reconnu incompétent, les décisions étant des actes de police judiciaire. Elles s'étaient alors adressées à la juridiction civile, en invoquant la voie de fait, pour obtenir réparation, mais le Tribunal civil d'Alger, puis le Tribunal de Grande Instance de la Seine avaient rejeté leur demande, estimant qu'il n'y avait pas voie de fait, puisque la décision du préfet n'était pas manifestement insusceptible de se rattacher à l'application d'un texte législatif ou réglementaire. La loi du 16 mars 1956 avait conféré au Gouvernement les pouvoirs les plus larges pour prendre les mesures exigées par les circonstances et un décret du 17 mars 1956 autorisait le Gouvernement général à « prendre toutes mesures pour contrôler l'ensemble des moyens d'expression et notamment la presse et les publications de toute nature ». En tout état de cause, les décisions de saisie se rattachaient à un pouvoir appartenant à l'Administration, d'autant plus que leur exécution forcée n'était pas irrégulière, l'article 12 du décret du 17 mars 1956, stipulant que « l'autorité administrative ou militaire peut assurer l'exécution des mesures prescrites, notwithstanding l'existence de dispositions pénales ». Parmi ces mesures prescrites figurait en particulier celles destinées à contrôler « l'ensemble des moyens d'expression ».

Aussi bien allait-on s'acheminer vers un déni de justice, alors que les circonstances de l'affaire montraient que le préfet entendait non constater un crime ou un délit contre la sûreté de l'Etat, mais prévenir à l'avance des troubles éventuels, donc prendre une mesure de police administrative. C'est la raison pour laquelle le Conseil d'Etat a réagi en sanctionnant le détournement de procédure commis, sans se demander si les mesures prises auraient pu être validées par ailleurs.

En l'espèce, c'est la solution protectrice des libertés qui a prévalu et, l'annulation une fois prononcée, la responsabilité de la Puissance publique pourrait être engagée sur le fondement de la faute de service (encore que certains hésitent à admettre la compétence administrative au plan de la réparation (90)). Mais les circonstances de l'affaire « Frampar » étaient particulièrement nettes : le juge n'a montré aucune hésitation parce qu'il était « manifeste » que la saisie n'était pas motivée par une infraction pénale.

(90) Voir note in G.A.J.A. n° 109, p. 484.

A l'inverse, aucune hésitation n'est possible non plus, lorsqu'il est prouvé que la décision litigieuse était bien une mesure de police judiciaire : c'est le cas lorsque des poursuites ont été engagées contre des particuliers et qu'elles ont abouti à une condamnation par la juridiction répressive (91).

Mais que décider en revanche, en cas de mesure administrative astucieusement camouflée, par exemple sous une transmission au parquet sans poursuites, ou poursuites sans jugement, ou acquittement, ou encore en cas de saisie franche en son objet, exercée réellement sur la base de l'article 30 C. pr. pén., à laquelle serait reprochée seulement son inopportunité ou sa trop grande étendue ? Les solutions sont alors beaucoup moins certaines. Il semble cependant que la jurisprudence admette la possibilité soit de retenir la responsabilité de la Puissance publique sur la base de la faute de service, soit la responsabilité personnelle du préfet qui a pris la décision de saisie, pour faute personnelle de sa part.

En 1959, le Tribunal civil de la Seine avait reconnu la possibilité d'agir contre un préfet, qui, comme tout fonctionnaire, peut être déclaré responsable personnellement du dommage causé par un de ses actes, à condition que celui-ci ou bien soit matériellement détachable de la fonction, ou bien trouve son origine dans une intention malveillante ou la recherche d'un intérêt personnel, ou bien découle d'une erreur assez grossière pour être inexcusable et équipollente au dol (92).

En l'espèce, le Tribunal avait jugé que le préfet de police de Paris avait pu apprécier, sans se livrer à une « interprétation grossièrement aberrante » des textes du Code pénal, que la diffusion massive d'imprimés accusant d'atrocités des militaires français, était un acte de participation à une entreprise de démoralisation de l'armée, donc crime contre la sûreté extérieure de l'Etat. Cette solution, confirmée par la Cour d'Appel de Paris (93), a été censurée par la Cour de Cassation, dans un arrêt du 22 juin 1965 (94).

Dans un autre jugement en date du 8 mai 1963, le Tribunal de Grande Instance de la Seine condamnait le préfet de police pour

(91) T.C. 3 novembre 1958, Blanco, Rec. p. 796.

(92) Trib. Civ. Seine 23 décembre 1959, Panigel et autres c/ Papon, préfet de police, J.C.P. 1960.II.11586, bos. Mimin.

(93) Paris 22 février 1962, D. 1964 p. 231, note Maestre.

(94) Cass. Civ. 22 juin 1965, J.C.P. 1966.II.14545, note Debbasch.

faute personnelle (95). Le préfet avait fait procéder à la saisie intégrale des éditions du journal « Libération » des 12 et 13 décembre 1960. Si la première saisie ne révélait aucune faute personnelle, la seconde au contraire, était « le résultat d'une erreur grave », entraînant la responsabilité personnelle de son auteur. Pour parvenir à ce résultat le juge a examiné minutieusement l'édition incriminée, constatant qu'elle ne contenait aucun élément qui puisse paraître constituer le crime d'atteinte à la sûreté de l'Etat par entreprise de démoralisation de l'armée, ni dans les titres, ni dans les articles, ni dans l'éditorial. Au surplus, l'affaire n'avait pas connu de suite ultérieurement, le parquet l'ayant classée. Par ailleurs, l'Etat était condamné solidairement, la faute personnelle ayant été commise « dans des circonstances se rattachant à l'exécution du service ».

Certes, sur le plan du droit pur, il y a danger de contradiction ou du moins de concurrence entre la jurisprudence administrative et la jurisprudence judiciaire. La première exige une erreur « manifeste » pour disqualifier la mesure prise (cf. arrêt Frampar); la seconde ne sanctionne les saisies que lorsqu'elles reposent sur une interprétation « grossièrement aberrante » des textes du Code pénal. Autrement dit, cette erreur grossière et manifeste fonde la compétence des ordres de juridiction : juridiction administrative, par la voie de la disqualification, juridiction judiciaire, par la voie de la faute personnelle. Comme l'a noté M. Debbasch, « par deux voies ainsi parallèles, juridictions administratives et juridictions judiciaires seront toutes deux appelées à connaître au fond d'un même problème. Une saisie, judiciaire pour un ordre de juridiction, sera administrative pour l'autre ordre » (96).

Mais si du point de vue juridique, le problème se pose, du point de vue pratique, qui s'en plaindra ? Certainement pas la victime : ce n'est pas si souvent qu'elle peut jouer sur les deux tableaux. D'ailleurs les juristes peuvent être rassurés, car cette hypothèse ne se réalisera à peu près jamais. Elle ne s'est pas même réalisée dans l'affaire en cause, puisque la Cour d'Appel de Paris a annulé le jugement du Tribunal de Grande instance (97). Toutefois, la Cour d'Appel ne remet pas les principes en cause, ce qui est de bonne

(95) Trib. Gr. Inst. 8 mai 1963, Société fermière « Libération » c/ Papon, préfet de police, D. 1964 p. 231, 3^e espèce, note Maestre ; J.C.P. 1963.II.13394, note Debbasch.

(96) Note in J.C.P. 1963.II.13394 ; cf. également : ROBERT, chr. précitée, p. 193, note 28.

(97) Paris 3 juin 1964, J.C.P. 1964.II.13833, note Debbasch ; D. 1965 p. 98, note Maestre.

augure pour l'avenir. Sur le plan de la compétence, elle applique en quelque sorte la solution dégagée par le Conseil d'Etat dans l'arrêt « Frampar », affirmant que « si le juge judiciaire est compétent pour apprécier la responsabilité que peut encourir le préfet pour des saisies opérées en application de l'art. 30 C. pr. pén., encore faut-il que ces mesures, pour conserver leur caractère judiciaire, aient été prises à l'effet de constater un crime ou un délit contre la sûreté de l'Etat et non pas... dans le seul but d'empêcher l'expression d'une opinion ». C'est là un revirement par rapport à sa jurisprudence antérieure, dans laquelle, prenant argument de son incompétence pour statuer sur une saisie à caractère administratif, elle estimait qu'il « n'y avait pas lieu de rechercher » si la saisie avait pour but non de constater une infraction, mais « d'empêcher l'expression d'une opposition politique s'adressant à l'opinion publique » (98).

Cela étant, la Cour affirme que les mesures de saisies constituaient des mesures de police judiciaire, car le préfet avait autorisé la parution d'une nouvelle édition, expurgée des articles ayant motivé la saisie (on admettra avec les commentateurs que cet argument n'est guère convaincant, car une telle autorisation n'a aucune incidence sur la qualification de la saisie).

Sur le fond, la Cour a rappelé la règle affirmée par la Cour de Cassation dans l'arrêt du 23 novembre 1956, Trésor Public c/Docteur Giry. « La juridiction de l'ordre judiciaire, compétemment saisie d'un litige mettant en cause la responsabilité de la puissance publique, doit se référer aux règles du droit public à l'exclusion des dispositions du droit privé relatives aux délits et quasi-délits », dit-elle. En l'espèce, elle considère, contrairement au Tribunal de Grande Instance, que le préfet n'a commis aucune faute personnelle : c'est là une conception très restrictive, qui enlève toute portée pratique à l'abandon de l'exigence d'une « interprétation grossièrement aberrante » des textes du Code pénal.

Cette conception restrictive de la notion de faute personnelle, due sans doute aux circonstances de l'époque, ainsi que le refus de la Cour de se prononcer « *ultra petita* » sur le point de savoir si le préfet avait commis une faute de service, susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat, n'empêchent pas que les principes dégagés depuis plusieurs années par la jurisprudence demeurent.

(98) Paris 22 février 1962, 2 arrêts, D. 1964 p. 231, note Maestre. Jurisprudence censurée par la Cour de Cassation, dans l'arrêt du 22 juin 1965 ; voir ci-dessus, note 94.

L'évolution jurisprudentielle va, sans conteste, dans le sens d'une plus grande protection de la liberté de la presse, par la disparition de l'irresponsabilité de fait des auteurs des saisies abusives.

« Actuellement, écrit M. J. Robert, les deux voies — judiciaire et administrative — sont largement ouvertes » (99). La compétence judiciaire s'impose en cas de faute personnelle du préfet, provenant de saisie judiciaire fondée sur l'art. 30 C. pr. pén. Quant à la compétence administrative, elle est reconnue pour annuler des mesures de police administrative travesties en opérations de police judiciaire. Les tribunaux estiment donc inutile de faire appel à la notion de voie de fait, la protection étant assurée d'une manière plus efficace par la conjonction des jurisprudences administrative et judiciaire. Théoriquement, certes, une saisie administrative abusive constituerait toujours une voie de fait ; pratiquement, il serait aujourd'hui très difficile, voire impossible, de prouver qu'une décision de saisie est « manifestement » insusceptible de se rattacher à un texte ou à un pouvoir de l'administration. C'est la raison pour laquelle, semble-t-il, la jurisprudence a abandonné le recours à la voie de fait. Cela tend à confirmer que la notion de voie de fait n'est pas un concept, mais un mode de protection des libertés parmi d'autres, qui peut être écarté lorsque la protection est mieux assurée par d'autres moyens : disqualification de l'acte, responsabilité personnelle de son auteur.

6. *Liberté d'affichage.*

Si la voie de fait n'est plus appliquée en matière d'atteinte à la liberté de la presse, elle ne l'est pas davantage en ce qui concerne ses corollaires, en particulier, la *liberté de l'affichage*. Certaines juridictions inférieures ont pourtant admis des cas de voie de fait en cette matière, mais leurs jugements ont été réformés en appel ou en cassation, ou ont fait l'objet d'une prise de position contraire de la part du Tribunal des Conflits. Ainsi, à propos d'une lacération d'affiches du Parti Communiste Français ordonnée en janvier 1952 par le préfet de police, parce qu'elles contenaient une protestation contre le réarmement allemand, le Tribunal civil de la Seine, après avoir repris la formule même de l'arrêt « Action Française », avait jugé qu'il y avait voie de fait car « le texte des dites affiches ne contenait aucune provocation à des attroupements interdits, mais invitait seulement les citoyens à adhérer à un Parti

(99) Chr. précitée, p. 193.

politique, en l'espèce le Parti Communiste Français, pour protester contre le réarmement allemand » ; de plus, aucun désordre sur la voie publique n'avait été constaté, ce qui prouvait que la lacération d'affiches n'était pas « indispensable pour assurer le maintien ou le rétablissement de l'ordre public » (100).

Tel n'a pas été l'avis du Tribunal des Conflits, qui, dans un arrêt de 1954, a jugé « qu'en l'égard, tant à la nature des affiches litigieuses qu'aux circonstances de temps et de lieu dans lesquelles elles avaient été posées, la menace qui résultait de cet affichage pour l'ordre public était d'une gravité suffisante pour qu'en raison de l'urgence, le Préfet de police ait pu, sans commettre de voie de fait, ordonner la lacération de ces affiches par voie d'exécution d'office » (101).

7. *Liberté d'écoute.*

Une tendance analogue se dessine, au moins quant à ses résultats, en ce qui concerne l'atteinte à la *liberté d'écoute des auditeurs de la radiodiffusion* (et, pourrait-on ajouter aujourd'hui, bien que le cas ne se soit pas produit, à celle des téléspectateurs). Dans la célèbre affaire qui, en 1949, opposa Radio-Andorre à la Radiodiffusion française, le juge des référés de la Seine avait décidé que le brouillage des émissions de la station pyrénéenne constituait une voie de fait. Cette solution fut confirmée par la Cour d'Appel de Paris, qui admit la compétence judiciaire, « en tant que gardienne de la propriété privée et des libertés individuelles et commerciales, pour constater l'exécution par la force, c'est-à-dire la voie de fait, les actes de brouillage étant manifestement insusceptibles de se rattacher à l'application d'un texte légal ou réglementaire ». La Cour estimait que « cette voie de fait porte atteinte à un droit individuel, celui de l'écoute et aux libertés essentielles du temps de paix ainsi qu'au bon renom de la France » (102). On sait que, le préfet ayant élevé le conflit, le régulateur des compétences jugea que la décision de brouillage était un acte de gouvernement échappant, à raison de sa nature, à tout contrôle juridictionnel (103).

(100) Trib. Civ. Seine 7 mai 1953, Office publicitaire de France c/ Préfet de police, J.C.P. 1953.II.7759, note Blaevoet.

(101) T.C. 19 mai 1954, Office publicitaire de France c/ Préfet de police, J.C.P. 1954.II.8382, note Rivero ; Rec. p. 703.

(102) Paris, référés, 24 mai 1949, Porché c/ Société de gérance et de publicité, G.P. 1949.2.139.

(103) T.C. 2 février 1950, Radiodiffusion française, Rec. p. 652 ; S. 1950.3.73, concl. Odent ; R.D.P. 1950 p. 413, concl. Odent, note Waline ; J.C.P. 1950.II.3542, note Rivero.

3. *Liberté du commerce et de l'industrie.*

Si, pour les tribunaux, les atteintes à la liberté de la presse sont de plus en plus rarement considérées comme des voies de fait, il en est de même des atteintes portées à la *liberté du commerce et de l'industrie*. Les dernières reconnaissances de voies de fait remontent à une quinzaine d'années : dans un jugement du 1^{er} septembre 1948, le Tribunal civil de Montpellier a jugé que le retrait par un préfet de la carte d'identité professionnelle d'un représentant de commerce, revêtait « un caractère incontestablement arbitraire » et constituait « une mesure d'exécution forcée, entachée d'illégalité suffisamment flagrante pour être qualifiée de voie de fait » (104). De même, dans un arrêt du 21 avril 1950 (105), la Cour de Cassation, sans s'y référer explicitement, a fait appel à la voie de fait pour sanctionner la fermeture d'un établissement commercial par un groupement d'achat et de répartition, organisme privé, mais utilisé par l'Administration comme organisme pour l'achat et la répartition des viandes. « L'autorité judiciaire, compétente pour interpréter les lois et les règlements administratifs, l'est également pour sanctionner les atteintes illégalement portées à la liberté du commerce et de l'industrie ».

On peut se demander si, de nos jours, la liberté du commerce et de l'industrie peut encore être considérée comme fondamentale ou essentielle ; d'ailleurs, les innombrables atteintes, législatives ou réglementaires, qu'elle a subies engendrent le doute quant à la qualification de « liberté » qu'on lui reconnaît. Sur le plan économique, le libéralisme traditionnel a vécu. Sur le plan juridique, nombreuses sont les réglementations qui restreignent cette liberté, au point que certains doutent même aujourd'hui qu'elle constitue un véritable principe général du droit. Dans ses conclusions sur l'affaire « Syndicat général des Ingénieurs conseils » (106), le Commissaire du Gouvernement Fournier s'interrogeait sur le point de savoir s'il fallait ranger la liberté du commerce et de l'industrie « au nombre de ces libertés qui peuvent être réglementées mais non supprimées » et répondait par la négative (107).

(104) Trib. Civil Montpellier 1^{er} septembre 1948, J.C.P. 1948.II.4529

(105) Cass. Civ., Perono, J.C.P. 1950.IV.89 ; Bull. civ. 1950 n° 93 p. 69.

(106) C.E. 26 juin 1959, R.D.P. 1959 pp. 1004 et s.

(107) « Le principe de cette liberté, disait-il, n'a été posé que dans un texte législatif. On ne le trouve affirmé ni dans la Déclaration des droits de 1789, ni dans le préambule de la Constitution de 1946. Bien au contraire, ce préambule prévoit la nationalisation de certains biens ou entreprises, le contrôle des travailleurs sur la gestion des entreprises, toutes prescriptions qui vont directement à l'encontre de la liberté du commerce et de l'industrie. Enfin, la législation la plus récente

Pourtant, la jurisprudence a toujours considéré qu'il s'agissait d'une véritable liberté et que la loi des 2-17 mars 1791, qui la proclamait, restait applicable en l'absence de texte contraire. « Là où aucune loi n'est intervenue, le principe subsiste toujours, qui demeure le droit commun de l'activité industrielle en France » (108). Sous la Constitution de 1958, on a vu que, pour le Conseil d'Etat, la liberté du commerce et de l'industrie figure au nombre des libertés publiques dont l'article 34 place les garanties sous la sauvegarde du législateur (109). Dans un arrêt, également précité, « Syndicat du personnel soignant de la Guadeloupe » du 22 juin 1963 (110), le Conseil d'Etat a rappelé que le Gouvernement ne peut restreindre le « libre accès à l'exercice par les citoyens de toute activité professionnelle n'ayant fait l'objet d'aucune limitation légale ».

Le principe de liberté du commerce et de l'industrie demeure donc, mais le nombre des textes qui lui apportent des restrictions est tel, qu'il est difficile aujourd'hui de regarder cette liberté comme fondamentale. D'ailleurs en ce domaine, liberté absolue équivaldrait rapidement à anarchie et, d'une manière générale, les mesures de réglementation ont pour objet d'éviter les conséquences dangereuses que pourrait entraîner le déroulement pur et simple de la conjoncture ou des échanges économiques ; finalement, elles visent à rétablir une juste concurrence et à défendre la liberté du commerce. La notion de voie de fait serait donc très difficile à appliquer de nos jours : comme en matière de saisie d'éditions, elle est mal adaptée. Il y a tellement de textes qui pourraient fonder l'action des autorités administratives ou leur donner compétence que la voie de fait serait très difficilement établie. Le juge préfère, pour assurer la protection de cette liberté, se placer sur d'autres terrains, en particulier la menace de l'ordre public, l'organisation des services, les interventions économiques des collectivités publiques. Une fois encore, c'est le juge administratif qui exercera le contrôle le plus efficace (111).

a multiplié les atteintes à cette liberté. Un grand nombre de professions sont strictement organisées. L'exercice des autres demeure théoriquement libre mais il est de plus en plus soumis à des réglementations restrictives, qui portent sur les objectifs comme sur les moyens de l'activité professionnelle. » (pp. 1014-1015).

(108) Concl. Gazier sur C.E. 22 juin 1951, Daudignac, Rec. p. 362 ; D. 1951 p. 589, concl. Gazier, note J. C.

(109) *Supra* Titre Premier ; cf. C.E. 28 octobre 1960, Martial de Laboulaye, Rec. p. 570 ; A.J.D.A. 1961 p. 20, concl. Heumann.

(110) Rec. p. 386 ; A.J.D.A. 1963 p. 460, chr. Gentot et Fourré.

(111) Sur l'ensemble de la question, voir D. MAILLOT : « La place du principe de la liberté du commerce et de l'industrie en droit administratif français », Thèse Paris 1964, multigraphiée.

9. *Liberté des cultes.*

Restent enfin les atteintes à la *liberté des cultes* qui, durant le premier tiers du XX^{me} siècle, ont donné lieu à un important contentieux, mais qu'on peut aujourd'hui se contenter de citer pour mémoire, car les temps ont beaucoup changé et ces problèmes qui, à l'époque, prenaient des allures de drames passionnels, n'ont plus qu'une importance minime. Le feu, certes, couve encore parfois sous la cendre, mais il n'y a plus de tempête, ni même de vent pour l'attiser.

Elles font partie de l'histoire, ces voies de fait constituées par des sonneries de cloches ordonnées par les maires (112), par l'enlèvement, ordonné par un maire, d'une grille en fer forgé entourant une église paroissiale, aux fins de construction d'un édicule auquel Vespasien a donné son nom et Gabriel Chevallier son renom dans « Clochemerle » (113), par l'enlèvement d'un brancard ayant servi à conduire un défunt à sa dernière demeure (114)... Tout cela ne veut pas dire que le problème de la liberté religieuse et de la laïcité ait disparu, mais simplement qu'il est résolu par d'autres moyens, en particulier par le contrôle exercé par la juridiction administrative (115).

Par. 3. - La sanction de la voie de fait.

Ainsi, en pratique, les cas de voie de fait, à l'époque contemporaine, se limitent à la liberté individuelle et à ses compléments : liberté du domicile, droit à la dernière demeure, secret et respect de la correspondance. S'ils ne sont pas plus nombreux, c'est en partie, on l'a vu, parce que le juge protège les libertés par des chemins différents : le juge administratif procède à la disqualification de l'acte et l'annule pour détournement de procédure, le juge judiciaire retient la responsabilité personnelle de l'auteur de l'acte, ou celle de l'administration sur la base de la théorie du

(112) T.C. 22 avril 1910, Préfet de la Côte-d'Or ; 4 juin 1910, Préfet de l'Aisne, S. 1910.III.129, note Hauriou.

(113) T.C. 4 juillet 1934, Curé de Réalmont et autres c/ Maire de Réalmont, S. 1935 p. 397, note Laroque ; Cass. Req. 5 juin 1935, Maire de Réalmont c/ Abbé Bonnafoux, G.P. 1935.2.228.

(114) Trib. Civ. Ruffec 11 février 1925, Abbé Labourasse c/ Perrot, D.H. 1925 p. 403.

(115) Voir : *La laïcité*, rec. des Conf. du Centre d'études juridiques de Nice, Bibl. des centres d'ét. sup. spécialisées, T. VI, 1960.

risque (116). C'est aussi, comme il sera dit plus loin (II^me Partie), parce que les pouvoirs du juge se heurtent à certaines limites, telles que circonstances exceptionnelles, urgence, actes de gouvernement...

Normalement, ces constatations de fait ne devraient avoir aucune influence sur le régime juridique qui s'attache à la qualification de la voie de fait. Le juge judiciaire exerce la totalité de son pouvoir juridictionnel et peut, non seulement accorder une réparation à la victime, mais encore ordonner la cessation effective du trouble, par démolition, restitution, remise en état, expulsion, au besoin sous astreinte. La victime peut intenter son action, selon les règles du droit civil, soit contre l'administration, considérée comme commettante, soit contre l'agent qui a agi personnellement en tant que préposé, sans faire appel à la distinction entre faute de service et faute personnelle (117).

En réalité, on observe que le juge judiciaire exerce rarement, en la matière, la plénitude des pouvoirs qui lui sont reconnus.

A. — En ce qui concerne *la prévention* de la voie de fait, la seule illustration que l'on relève a trait à la protection du domicile privé durant les années d'après-guerre. Pendant cette période, le Tribunal des Conflits a admis que l'exécution d'arrêtés de réquisition de logement pouvait être interdite par le juge des référés au cas où elle constituerait une voie de fait (118). Cette jurisprudence se prolongea jusqu'en 1949, la Cour de Cassation puis le Tribunal des Conflits décidant alors qu'à défaut de sanction pénale, les réquisitions étaient régulières (119).

B. — Le pouvoir de *faire cesser* la voie de fait ne s'exerce, semble-t-il, pas plus souvent. Seules des juridictions inférieures y ont eu recours, et encore dans le passé seulement :

— liberté des cultes : Trib. Civ. Albi 13 mars 1935, Abbé Bonnafoux et autres c/Maire de Réalmont (120), remise en état des lieux ordonnée sous astreinte de cinquante francs par jour de retard ; Trib. Civ. Ruffec 11 février 1925 (121), restitution d'un brancard sous peine d'astreinte ;

(116) Arrêt précité, Trésor public c/ Docteur Giry, Cass. Civ. 23 novembre 1956.

(117) Cass. Civ. 5 mai 1954, J.C.P. 1954.II.8236, note Vedel.

(118) T.C. 18 décembre 1947, Hilaire, précité.

(119) Cass. Civ. 11 mai 1949 ; T.C. 12 mai 1949, Dumont, précités.

(120) G.P. 1935.1.33.

(121) D.H. 1925 p. 403.

— liberté du commerce et de l'industrie : Trib. Civ. Montpellier 1^{er} septembre 1948 (122), restitution d'une carte d'identité professionnelle, sous peine d'astreinte ;

— liberté d'écoute des auditeurs : la Cour d'Appel de Paris ordonne la cessation du brouillage de Radio-Andorre (123).

C. — Quant à la *réparation* de la voie de fait, elle est exercée en général par l'octroi de dommages-intérêts, seule forme possible de réparation en ce qui concerne la violation de la plupart des libertés publiques, et même des atteintes au droit de propriété (124). C'est le cas, en particulier, des atteintes à la liberté de la presse, de la correspondance, et surtout à la liberté individuelle, toutes violations irréparables sur le plan matériel.

Le seul problème est de savoir à qui incombe la réparation. En cas de voie de fait, c'est normalement la responsabilité de l'Administration qui est engagée. Toutefois, un fonctionnaire peut être déclaré responsable si la voie de fait qu'il a commise est en même temps une faute personnelle. La Cour de Cassation exige pour qu'il soit personnellement condamné, qu'il y ait voie de fait et faute personnelle (125). Le juge judiciaire doit donc décider si la responsabilité de l'Etat doit être engagée ou si l'agent doit être condamné. « C'est aux tribunaux judiciaires d'examiner, au vu des circonstances propres à chaque espèce, dans quelle mesure la prise en considération d'un intérêt personnel ou de l'intérêt du service, l'obéissance à des ordres reçus ou tous autres faits peuvent excuser ou au contraire charger le fonctionnaire » disait le Commissaire du Gouvernement Guionin, dans ses conclusions sur l'affaire « Randon » (126). Si l'auteur de l'acte constitutif d'une voie de fait a commis une faute personnelle détachable du service, c'est sa responsabilité personnelle qui sera engagée ; si la faute n'est pas détachable du service, c'est la Puissance publique qui sera responsable, car il n'a eu alors pour but que l'intérêt du service.

Les règles du droit administratif ne sont donc pas absentes, même lorsque le juge judiciaire exerce sa compétence (127). Par

(122) J.C.P. 1948.II.4529.

(123) Paris, référés, 24 mai 1949, G.P. 1949.2.139.

(124) Cf. BRETTON : « L'autorité judiciaire gardienne des libertés essentielles et de la propriété privée », pp. 54 et s.

(125) Cass. Civ. 30 novembre 1955, Guislain, R.D.P. 1956 p. 564, note Waline.

(126) T.C. 10 décembre 1956 précité.

(127) Cf. arrêt Giry, précité.

ailleurs, il est arrivé au juge administratif, on l'a vu, d'annuler des actes administratifs, par le biais de la disqualification. C'est dire qu'en ce qui concerne la constatation de la voie de fait, il intervient au même titre que le juge judiciaire, si bien qu'on peut vraiment parler alors de *compétence partagée* entre les deux ordres de juridiction.

* *
*

SOUS-TITRE II

L'étendue du contrôle en cas de partage de compétences entre la juridiction judiciaire et la juridiction administrative

En dépit de la règle selon laquelle l'autorité judiciaire est la gardienne de la liberté individuelle et, par extension, des libertés publiques, ce n'est que très rarement que le juge judiciaire est compétent, à titre exclusif, pour connaître des atteintes aux libertés émanant d'autorités administratives. Le désir du législateur est de rendre exclusive la compétence judiciaire ; celui du juge administratif, appuyé par l'administration, est de s'ériger le plus largement possible en défenseur des libertés. L'exclusivité de la compétence judiciaire tend à apparaître comme une exception, consentie ou du moins tolérée par l'administration ou le juge administratif, à la règle générale de répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction, résultant du principe de la séparation des autorités.

Aussi arrive-t-il que les juridictions administratives interviennent dans des domaines réservés jusque-là à la compétence judiciaire, ce qui se traduit, selon la manière d'assurer le mieux possible la protection des libertés, soit par une concurrence dans la connaissance d'un même litige, soit par une certaine spécialisation ou collaboration.

CHAPITRE PREMIER

COMPÉTENCES CONCURRENTES

« Dire de deux compétences qu'elles sont concurrentes, écrit M. Ph. Bretton, signifie qu'à propos d'un litige portant soit sur une matière déterminée, soit sur l'un des aspects de l'intervention de l'administration en cette matière, les deux ordres de juridiction peuvent en revendiquer la connaissance » (1).

En ce qui concerne les actes portant atteinte aux libertés publiques, la concurrence des compétences s'exerce soit lorsqu'il s'agit de déterminer s'ils sont ou non constitutifs de voie de fait, soit dans l'appréciation de leur légalité.

Section I

CONCURRENCE POUR DETERMINER SI L'ACTE EST OU NON CONSTITUTIF DE VOIE DE FAIT

1. - Pour situer le problème, on peut se rappeler ce qui a été dit ci-dessus à propos de la liberté de la presse et, plus précisément, des saisies d'édicions. Pour la juridiction civile, la responsabilité du préfet pour faute personnelle peut être engagée lorsqu'il s'est livré à une interprétation grossièrement aberrante des textes du Code pénal ; mais alors la juridiction administrative pourra appliquer la jurisprudence « Frampar », car cette interprétation gros-

(1) « L'autorité judiciaire gardienne des libertés essentielles et de la propriété privée », p. 88.

sièrement aberrante signifie que la saisie judiciaire n'avait manifestement pas un objet de police judiciaire, ce qui aura pour conséquence la disqualification de la saisie. Finalement, les deux ordres de juridiction seront appelés à connaître d'un même litige : « Une saisie, judiciaire pour un ordre de juridiction, sera administrative pour l'autre ordre » écrivait M. Ch. Debbasch (2).

En raisonnant par analogie, on pourrait affirmer qu'en certaines circonstances, une atteinte aux libertés publiques, judiciaire pour un ordre de juridiction, est administrative pour l'autre. Si la compétence est judiciaire, c'est que l'acte constitue une voie de fait, mais cela ne veut pas dire que la compétence administrative est retenue pour le même motif. A cet égard, la constatation de la voie de fait est toujours laissée à la juridiction judiciaire : seulement, quand la juridiction administrative voudra connaître d'un acte portant atteinte à une liberté, sans déclarer qu'il y a voie de fait, elle annulera l'acte par la voie du recours pour excès de pouvoir. On rejoint l'idée exprimée plus haut, selon laquelle c'est avec l'accord de l'administration ou de la juridiction administrative que l'acte est qualifié de voie de fait : celle-ci n'est qu'une manière de protéger les libertés. Lorsque la juridiction administrative estime qu'elle peut les garantir elle-même efficacement — et l'évolution sur ce point s'est faite dans un sens extensif — elle n'y a plus recours.

Ceci implique que l'acte portant atteinte aux libertés reste un acte administratif, qu'il soit ou non qualifié de voie de fait. C'est sous l'angle de la protection des libertés qu'il faut envisager la question, non sous celui de la nature de l'acte. Certains auteurs ont montré que la qualification de voie de fait n'influe en rien sur la nature de l'acte. Dans sa préface à la thèse de M. Debary (précitée) le professeur Eisenmann faisait observer que les actes voie de fait sont considérés comme des actes étatiques, c'est-à-dire administratifs. Ce ne sont pas des actes privés, mais des actes « étatiques de genre » ; par ailleurs, ils ne sont ni législatifs, ni judiciaires, ni juridictionnels, ils ne sont rien d'autre que des « actes administratifs d'espèce » (3). M. Debary aboutit à la même conclusion : la responsabilité de la Puissance publique ne peut être engagée d'une façon définitive que par un acte administratif ; tel est bien le cas de la voie de fait qui est un acte administratif particulier. Il ne perd sa nature administrative que lorsqu'il constitue en

(2) Note sous Trib. Civ. Seine 8 mai 1963, J.C.P. 1963.II.13394.

(3) Préface à « La voie de fait en droit administratif », pp. I, III, IV.

même temps une faute personnelle de l'auteur de l'acte, ce qui prouve bien que l'acte en lui-même est et reste administratif. Dans sa note sous l'arrêt « Werquin » (4), M. Prosper Weil abonde dans le même sens : « si vraiment, dit-il, un acte très gravement illégal de l'administration pouvait perdre son caractère administratif, on ne voit pas pourquoi il n'en serait ainsi que pour les actes portant atteinte à la propriété ou à la liberté, et non pour tous les actes de l'Administration, quel que soit leur objet. L'idée même de dénaturation est au surplus difficilement compréhensible : que signifie cette espèce de pénalisation de l'acte administratif qui, lorsqu'il est gravement illégal, est abandonné aux tribunaux judiciaires ? Et une fois dénaturé, que devient l'acte en cause ? » (5)

2. - L'acte accompli par une autorité administrative en violation d'une liberté est donc bien un acte administratif, et l'on voit dès lors en quoi se manifeste la concurrence des compétences : ou bien cet acte pourra relever de la compétence judiciaire, parce que l'administration, le juge administratif ou le Tribunal des Conflits estiment que la protection de la liberté sera mieux assurée de cette façon et dans ce cas, il sera appelé voie de fait ; ou bien, en tant qu'acte administratif, il pourra être attaqué par la voie du recours pour excès de pouvoir, l'acte susceptible de recours pour excès de pouvoir étant « celui dont l'auteur, quelle que soit sa situation, a agi en tant qu'autorité administrative, c'est-à-dire a entendu prendre un acte juridique administratif » (6).

C'est une double protection qui s'offre à la victime : parce qu'administratif, l'acte peut faire l'objet d'une annulation de la part du juge administratif ; bien qu'administratif, il peut être soumis au contrôle du juge judiciaire. La victime peut s'adresser soit au juge administratif pour en demander l'annulation, soit au juge judiciaire pour faire constater et réparer la voie de fait. C'est là une des raisons pour lesquelles les cas de voie de fait juridiquement reconnus sont de plus en plus rares.

L'exercice de la liberté des cultes fournit une illustration typique de ce parallélisme des compétences (7). La réglementation de l'usage des sonneries de cloches doit être exercée par voie d'arrêtés municipaux, ceux-ci n'ayant force exécutoire qu'un mois après

(4) C.E. 15 février 1961, D. 1961 p. 611.

(5) p. 615.

(6) AUBY et DRAGO : « Traité », T. II, p. 457 n° 1010.

(7) Cf. BRETON, *op. cit.*, p. 101.

transmission au préfet, et après mise à la connaissance des intéressés. Saisi d'un recours contre un ordre verbal d'un maire de sonner les cloches pour un enterrement civil, cet ordre ayant été donné en l'absence d'arrêté municipal, de texte de loi ou de règlement, ou d'usage local, le Tribunal des Conflits a jugé que le maire avait commis une voie de fait (8) ; au contraire, le Conseil d'Etat, dans une affaire strictement identique, a annulé pour excès de pouvoir l'ordre donné par le maire.

La même constatation peut être faite en ce qui concerne les réquisitions de logement, qui touchent à la fois le droit de propriété et la liberté du domicile. L'article 31 de la loi du 11 juillet 1938 sur l'organisation de la nation en temps de guerre prévoyait une sanction pénale au cas où, en l'absence d'urgence, un particulier se refuserait à déférer aux ordres de l'administration. Les tribunaux judiciaires considéraient (jusqu'en 1949) que l'exécution d'office d'un ordre de réquisition, sans que le prestataire eût été cité devant le tribunal correctionnel, constituait une voie de fait (9). Le juge des référés était donc compétent pour interdire au bénéficiaire d'occuper le logement réquisitionné. Mais le prestataire, au lieu de saisir le juge des référés, pouvait également s'adresser au Conseil d'Etat pour obtenir l'annulation de l'ordre de recourir à l'exécution forcée. Ainsi avait procédé le requérant dans l'affaire « Mathian » (10) : il attaquait l'ordre donné au maire par le préfet de faire ouvrir par un serrurier la porte d'une des pièces de sa maison réquisitionnée au bénéfice d'un fonctionnaire qui ne prit pas possession des lieux. En l'absence d'urgence cet ordre était entaché d'excès de pouvoir et fut annulé.

Certes, du point de vue juridique, les deux situations ne sont pas semblables : le juge civil n'annule pas l'acte litigieux comme le fait le juge administratif, il l'écarte, lui dénie toute valeur, même apparente (11). Mais en pratique le résultat est le même pour la victime, qui cherche avant tout à obtenir réparation : peu lui importe que l'objet des deux contentieux soit différent (contentieux

(8) T.C. 22 avril 1910, Abbé Piment c/ Guichard-Voillemond, D.P. 1911.3.41 ; S. 1910.3.129, note Hauriou.

(9) Cf. Rennes 17 février 1947, J.C.P. 1947.II.3727, note M. F. ; Trib. civ. Le Mans 23 juillet 1947, J.C.P. 1947.II.3798 ; même solution dans l'arrêt du Tribunal des Conflits du 18 décembre 1947, Hilaire, J.C.P. 1948.II.4087, note Vedel, D. 1948.J.62 note Fréjaville.

(10) C.E. 22 novembre 1946, Rec. p. 278 ; D. 1947.J.131, concl. Céliér ; S. 1947.3.41, note Mestre.

(11) Cf. G. VEDEL : « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », article précité, J.C.P. 1950.I.851 n° 21.

de la voie de fait et contentieux de l'excès de pouvoir). Elle ne peut donc que trouver bénéfice à porter son action soit devant la juridiction judiciaire, soit devant la juridiction administrative. Les deux ordres de juridiction statuent sur le même problème, en utilisant un vocabulaire ou des expressions semblables ; la seule différence est que seule la juridiction judiciaire prononce l'expression « voie de fait », ce qui ne change rien pour la victime, puisque l'acte est sanctionné de la même façon par la juridiction administrative, bien que celle-ci ne qualifie pas l'acte de « voie de fait ». C'est là le caractère bénéfique de la voie de fait et, sous cet aspect, on ne peut que souscrire à ce qui a été affirmé depuis longtemps : la notion de voie de fait est une notion « fonctionnelle » et non conceptuelle (12).

Mais le concours des compétences ne s'exerce pas seulement en ce qui regarde la qualification de l'acte portant atteinte aux libertés, il se manifeste également en matière d'appréciation de la légalité des actes administratifs.

Section II

CONCURRENCE DANS L'APPRECIATION DE LA LEGALITE DES ACTES ADMINISTRATIFS PORTANT ATTEINTE AUX LIBERTES PUBLIQUES

L'appréciation de la légalité des actes pris par une autorité administrative en violation de libertés publiques est en règle générale confiée aux juridictions administratives, mais il peut arriver que les juridictions judiciaires soient exceptionnellement compétentes en vertu de solutions jurisprudentielles (tribunaux judiciaires dans leur ensemble) ou en l'application de textes précis (juridictions répressives).

Par. 1. - Juridictions judiciaires.

Le principe de la compétence administrative a été affirmé, on le sait, dans l'arrêt « Septfonds » (13). Statuant en matière civile, le juge judiciaire peut interpréter les actes réglementaires, mais

(12) Cf. G. VEDEL, art. précité, J.C.P. 1950.I.851, n° 5 et 28.

(13) T.C. 16 juin 1923, Rec. p. 498 ; S. 1923.3.49, note Hauriou ; D. 1924.3.41, concl. Matter.

non les actes individuels, à moins que ceux-ci ne soient parfaitement clairs. Quant à l'appréciation de la légalité des actes administratifs par voie d'exception, elle n'est jamais de la compétence du juge civil. Telle est la règle posée par l'arrêt « Septfonds » et confirmée par la suite (14).

Dès 1923 cependant, le Commissaire du Gouvernement Matter avait admis qu'il existait des limites à ce principe : « Vous n'entrerez pas avait-il dit, dans le détail de ces exceptions qui sont étrangères à notre espèce et sur aucune desquelles vous n'aurez à vous prononcer ; mais vous affirmerez par une formule générale qu'en principe, l'autorité administrative a, seule, le contrôle de la légalité des règlements ». Ces exceptions, M. Matter les énonçait : lorsque les tribunaux judiciaires statuent en matière répressive et, en dehors de ce cas, lorsque le droit de propriété, la liberté individuelle ou l'état des personnes sont en jeu.

Cette solution fut confirmée longtemps après en jurisprudence. Dans l'arrêt « Barinstein » du 30 octobre 1947 (15), le Tribunal des Conflits a admis que les tribunaux judiciaires étaient compétents pour apprécier la validité du décret du 16 janvier 1947 autorisant l'administration à assurer l'exécution forcée des ordres de réquisition de logement, même en l'absence d'urgence (16).

Il faut voir dans cet arrêt une illustration de la volonté du juge de protéger la liberté individuelle. Le principe de l'autorité judiciaire gardienne des libertés individuelles reçoit application, en l'espèce, mais uniquement parce que c'était, pour le juge, le moyen le meilleur pour assurer la protection de la liberté individuelle. Par là s'expliquent la portée et les limites de l'arrêt « Barinstein », car, en dépit de la généralité de ses termes, cet arrêt n'a eu qu'une « portée limitée » (17).

A cette époque, la jurisprudence considérait comme une voie de fait l'exécution forcée des réquisitions de logements en l'absen-

(14) T.C. 27 octobre 1931, Société Pannier, D.H. 1932 p. 9 ; T.C. 20 mars 1943, Société béthunoise d'éclairage et d'énergie, Rec. p. 322.

(15) Rec. p. 511 ; S. 1948.3.1, note Mestre ; D. 1947 p. 476, note P. L. J. ; R.D.P. 1948 p. 86, note Waline ; J.C.P. 1947.II.3966, note Fréjaville.

(16) « Si, en règle générale, les tribunaux de l'ordre judiciaire ne peuvent, sauf dans certains cas déterminés, se prononcer sur la légalité des actes administratifs, même ayant le caractère réglementaire, ils sont, par exception à ce principe, compétents pour apprécier la validité des dispositions susrappelées du décret du 16 janvier 1947 à raison de la nature des mesures prévues par lesdites dispositions et de l'atteinte grave qu'elles portent à l'inviolabilité du domicile privé et, par suite, à la liberté individuelle, ainsi qu'au respect dû au droit de propriété. »

(17) AUBY et DRAGO : « Traité », I, p. 571 n° 468.

ce d'urgence, puisqu'une sanction pénale était prévue par la loi du 11 juillet 1938 (18). Or le décret du 16 janvier 1947 visait à faire obstacle à la jurisprudence, en autorisant l'administration à procéder à l'exécution forcée, même en l'absence d'urgence. Le décret était donc illégal, car, aux termes mêmes de l'arrêt, « il ne pouvait appartenir qu'au législateur de conférer à l'administration de tels pouvoirs alors que le refus d'obtempérer aux ordres dont s'agit est sanctionné par les prescriptions de la loi du 11 juillet 1938 instituant des pénalités ». Face à un règlement illégal, qui n'avait pour but que de passer outre aux solutions jurisprudentielles, le Tribunal des Conflits a déclaré exceptionnellement compétents les tribunaux judiciaires pour apprécier la légalité de ce décret.

L'arrêt Barinstein apparaît donc non comme une consécration du principe de l'autorité judiciaire gardienne des libertés publiques, mais comme une décision d'espèce. C'était le meilleur moyen d'assurer la protection de la victime, qui avait tout intérêt alors à ne pas être renvoyée devant la juridiction administrative, mais cela ne change rien au principe selon lequel le justiciable doit pouvoir choisir la juridiction la plus apte à lui donner satisfaction, en l'occurrence le juge administratif, lorsque l'atteinte aux libertés émane des autorités administratives. « A une époque où le Conseil d'Etat a réussi, après des décades d'évolution, à s'assurer la pleine maîtrise de la vie administrative au point d'apparaître, sous le couvert du contrôle de la légalité, comme le « supérieur hiérarchique » de l'administration, comme le régulateur de sa moralité, il est juste de lui réserver en principe le contentieux de la validité des règlements, écrivait M. G. Vedel au lendemain de l'arrêt « Barinstein ». ajoutant : « Il l'exercera sans doute avec plus de rigueur que les tribunaux judiciaires, trop timides semble-t-il » (19). En l'espèce, cette timidité n'était pas à craindre, puisque le décret illégal visait à contourner les effets de la jurisprudence, et le juge est particulièrement sévère à l'égard de ce genre d'illégalité.

Par ailleurs, on sait que sur un point, la solution de l'arrêt Barinstein est caduque, depuis que la Cour de Cassation (Crim. 11 mai 1949 précité) et le Tribunal des Conflits (12 mai 1949 Dumont précité) ont jugé qu'en raison de la règle de l'interprétation étroite des textes en matière pénale, les pénalités prévues par la loi du 11

(18) T.C. 18 décembre 1947, Hilaire, précité.

(19) G. VEDEL : « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein », J.C.P. 1948. I.682 n° 3.

juillet 1938 ne pouvaient s'appliquer aux réquisitions de logement effectuées en vertu de l'ordonnance du 11 octobre 1945.

Pour toutes ces raisons, l'arrêt « Barinstein » est resté une décision d'espèce. Selon MM. Auby et Drago, la solution qu'il dégage « ne paraît guère devoir s'appliquer qu'aux règlements concernant l'exécution forcée » (20). Dans un arrêt du 23 janvier 1950 (21), le Tribunal des Conflits n'a pas reconnu aux tribunaux judiciaires le pouvoir d'apprécier la légalité du décret du 8 septembre 1947 autorisant le recours à la réquisition pour faire obstacle à une décision de justice, malgré les atteintes au droit de propriété que l'application de ce texte pouvait entraîner.

La compétence judiciaire reconnue aux juridictions civiles par la jurisprudence « Barinstein » ne s'exerce donc que fort rarement et s'inscrit dans la ligne générale de l'évolution qui fait apparaître le juge administratif comme le protecteur naturel des libertés publiques face aux atteintes émanant de l'Administration.

Mais alors, on peut se demander si la compétence exercée par les juridictions répressives dans l'appréciation de la légalité des actes administratifs ne vient pas s'inscrire en faux contre une telle affirmation.

Par. 2. - Juridictions répressives.

§ 1) *Fondement*. — En présence d'un acte administratif portant atteinte à une liberté, la victime a le choix entre deux attitudes. Elle peut tout d'abord le respecter provisoirement et s'adresser au juge administratif pour obtenir soit son annulation, soit réparation du dommage causé. Mais elle peut aussi ne tenir aucun compte de l'acte et agir comme s'il n'existait pas (ce sera d'ailleurs la seule façon de procéder si par exemple, elle a laissé écouler le délai de deux mois pour intenter le recours pour excès de pouvoir et si elle hésite à former un recours de pleine juridiction). En ce cas, à un moment donné elle sera poursuivie par l'administration pour non respect de la décision administrative : la poursuite sera exercée devant la juridiction répressive, soit que l'acte lui serve de fondement, soit qu'il constitue un élément essentiel de l'infraction ou de la justification de l'infraction. Le prévenu, en effet, peut être poursuivi pour n'avoir pas observé les prescriptions de

(20) « Traité », T. I, n° 468 p. 571.

(21) Gueudet, Rec. p. 654.

l'acte administratif, mais il peut invoquer également comme moyen de défense un acte administratif ; il ne pourra être condamné que si la légalité de l'acte est établie.

La compétence du juge répressif est fondée sur l'article R 26-15° du Code pénal (ancien article 471-15°), punissant d'une amende « ceux qui auront contrevenu aux décrets et arrêtés légalement faits par l'autorité administrative, ou aux arrêtés publiés par l'autorité municipale ». Que faut-il entendre par « contravention » ? Seul le législateur, on le sait (et parfois le Gouvernement depuis la Constitution de 1958) peut ériger certains actes en infraction, et seul également il peut déterminer les sanctions qui leur sont applicables. Si la loi, dont l'autorité réglementaire fait application, est dépourvue de sanction, le décret ou l'arrêté ne peuvent évidemment en ajouter une. Les autorités réglementaires n'ont pas le pouvoir d'ajouter une sanction pénale à l'œuvre du législateur. N'auraient aucune force légale les dispositions des arrêtés qui ajouteraient ou retrancheraient aux textes de la loi, dérogeraient à ses règles ou les modifieraient d'une manière quelconque.

En ce qui concerne les maires, le pouvoir réglementaire ne leur est accordé que pour exercer la police municipale, c'est-à-dire assurer le bon ordre, la sûreté et la salubrité publique (art. 97 loi du 5 avril 1884). Aussi la seule inobservation des prescriptions d'arrêtés municipaux constitue-t-elle, à elle seule, la « contravention » prévue à l'article R 26-15° du Code pénal, à la condition que l'arrêté ait bien pour objet d'assurer le maintien du bon ordre, de la sûreté ou de la salubrité publique.

L'article R 26-15° vise donc les actes des autorités locales (arrêtés municipaux ou préfectoraux) ainsi que ceux des autorités centrales (décrets). Le contrevenant pourra opposer l'exception d'illégalité, c'est-à-dire que le juge ne le condamnera que si la légalité de l'acte (ou sa régularité, s'il invoque celui-ci comme moyen de défense) est établie.

Est-il nécessaire que l'acte comporte une sanction pénale ? Certains auteurs semblent le penser (22), mais la Cour de Cassation a admis depuis très longtemps que l'inobservation des prescriptions des décrets ou arrêtés constituait à elle seule la contravention punie par le Code pénal (23).

(22) Cf. BRETTON, *op. cit.*, p. 110.

(23) Cass. Crim. 21 décembre 1907, D.P. 1910.1.169, note Delauney.

Tout ceci n'explique pas cependant pourquoi le juge répressif est compétent pour apprécier la légalité des actes administratifs (et parmi eux, de ceux portant atteinte aux libertés). Le Tribunal des Conflits en a donné la raison dans le célèbre arrêt « Avranches et Desmarets » (24) : si la juridiction répressive est compétente, c'est parce « qu'il résulte de la mission assignée au juge pénal que celui-ci a, en principe, plénitude de juridiction sur tous les points d'où dépend l'application ou la non-application des peines ; qu'il lui appartient, à cet effet, non seulement d'interpréter, outre les lois, les règlements administratifs, mais encore d'apprécier la légalité de ceux-ci, qu'ils servent de fondement à la poursuite ou qu'ils soient invoqués comme moyen de défense ; que la compétence de la juridiction pénale ne connaît de limite en ce domaine que quant à l'appréciation de la légalité des actes administratifs non réglementaires, cette appréciation étant, sauf dans le cas de prescription législative contraire, réservée à la juridiction administrative en vertu de la séparation des pouvoirs ».

Ainsi, c'est le principe de la plénitude de juridiction du juge répressif qui fonde sa compétence et, une fois encore, l'explication se trouve dans le désir manifesté par le Tribunal des Conflits de protéger l'exercice des libertés de la meilleure façon possible. En matière pénale, il y va de la liberté de l'individu et de l'intérêt de la répression, que le juge répressif examine immédiatement la portée et la validité des actes administratifs invoqués comme moyen de défense ou de poursuite. Le prévenu trouve là sa meilleure garantie : il importe qu'il soit fixé le plus tôt possible sur le point de savoir si le texte en vertu duquel il est poursuivi est légal ou non. On ne comprendrait pas que le jugement soit retardé par le renvoi devant le juge administratif de la question de la légalité du règlement.

Mais la plénitude de juridiction du juge répressif ne concerne que les actes réglementaires, et non les actes individuels. Sur ce point, le Tribunal des Conflits a adopté une position plus restrictive que la Cour de Cassation, qui reconnaissait au juge pénal à l'égard des actes individuels les mêmes pouvoirs qu'à l'égard des actes réglementaires (25). Si le juge répressif ne peut apprécier la légalité des actes administratifs individuels, c'est parce qu'il s'agit d'une

(24) T.C. 5 juillet 1951, Rec. p. 638 ; S. 1952.3.1, note Auby ; D. 1952 p. 271, note Blaevet ; J.C.P. 1951.II.6623, note Homont ; Rev. admin. 1951 p. 492, note Liet-Veaux.

(25) Cass. Crim. 26 avril 1951, Reibel, S. 1952.1.29, note Vidal ; D. 1951 p. 601, rapport Pépy.

situation particulière. L'administration a entendu régler un cas bien précis, non un ensemble de cas, et l'on peut supposer que si elle a pris sa décision, c'est après examen attentif des circonstances de l'affaire et du dossier. Dans ces conditions, il vaut mieux s'en remettre à la juridiction administrative du soin d'apprécier la légalité de l'acte individuel litigieux. Il n'en va autrement que lorsqu'une disposition législative accorde ce pouvoir au juge répressif (26).

D'un certain côté pourtant, on peut regretter que le juge répressif n'ait aucun pouvoir à l'égard des actes individuels. Pourquoi, se demandent certains, opérer une distinction et décider que les pouvoirs du juge judiciaire sont moins grands envers les actes individuels qu'à l'égard des règlements ? La réponse n'est évidemment pas simple, mais il semble pourtant qu'en matière d'actes individuels, la juridiction administrative soit plus à même d'assurer un contrôle efficace, et que le juge répressif risque de paraître timide et plus réservé à l'égard de l'administration.

Le problème a d'ailleurs rebondi avec la nouvelle rédaction du texte du Code pénal (art. R 26-15°) substitué à l'ancien article 471-15°. Ce dernier utilisait l'expression « règlements légalement faits » ; le texte nouveau emploie des termes plus larges et parle de « décrets et arrêtés » sans préciser s'il s'agit d'actes réglementaires ou individuels, ce qui impliquerait que le juge puisse abandonner la distinction et apprécier la légalité de tous les décrets et arrêtés servant de fondement aux poursuites. Aussi certaines juridictions inférieures ont-elles cru pouvoir revenir aux solutions appliquées par le juge répressif avant 1951, et se sont-elles reconnues compétentes pour apprécier la légalité d'actes individuels (27). La Cour de Cassation elle-même semble s'orienter dans cette voie (28). Pour sa part, cependant, le Tribunal des Conflits continue d'appliquer les principes dégagés dans l'arrêt « Avranches et Desmarets » (29). Le doute subsiste donc sur ce point.

(26) Article 35 de la loi du 9 décembre 1905 sanctionnant les actes des ministres du culte incitant à la résistance à l'égard des « actes légaux » de l'administration ; article 31 de la loi du 11 juillet 1938 réprimant le refus d'obtempérer aux mesures « légalement ordonnées » par l'autorité administrative.

(27) Trib. pol. Brest 26 septembre 1960 et Cour d'Appel Rennes 18 janvier 1961, D. 1961 p. 500, note Lamarque.

(28) Crim. 21 décembre 1961, Dame Le Roux, S. 1962 p. 89, rapport Costa ; D. 1962 p. 102, rapport Costa ; J.C.P. 1962.II.12680, note Lamarque ; Crim. 14 novembre 1963, Pomméry et Dalmas de Polignac, D. 1964 p. 265, note Ch. D.

(29) T.C. 2 juillet 1962, Préfet de la Loire-Atlantique c/ Pabou et Monroty, Rec. p. 827.

§ 2) *Domaine*. — Lorsque le prévenu a opposé l'exception d'illégalité et que l'appréciation à laquelle s'est livré le juge répressif permet de conclure à son bien fondé, le juge n'annule pas l'acte administratif litigieux, mais écarte son application et fait relaxer le prévenu. En ce qui concerne les atteintes aux libertés publiques, cette procédure a reçu diverses illustrations, et c'est en cela qu'on peut parler de concurrence dans l'exercice des compétences (30).

1. Atteinte à la liberté individuelle : dans un arrêt du 1^{er} février 1956, « Demoiselle Flavien » (31), la Cour de Cassation, après avoir rappelé que « le législateur peut seul en France porter atteinte à la liberté de l'individu » et que « la liberté d'aller et venir à son gré est un des aspects de la liberté individuelle et se confond avec la liberté de circuler sur la voie publique », a jugé illégal un arrêté préfectoral qui, si louable que soit le but poursuivi, aboutissait « à instaurer pour une catégorie de citoyens, une sorte d'interdiction de séjour revêtant le caractère d'une prohibition générale ou quasi-générale, illicite et excessive ». Le juge administratif, on le verra, adopte la même solution et d'ailleurs, M. Ledoux dans son rapport, affirmait que l'autorité administrative devait réagir contre certaines manifestations de la prostitution et la réglementer « sous le contrôle de la Haute juridiction administrative ». Les deux ordres de juridiction peuvent ainsi connaître des atteintes à la liberté individuelle. Pour la Cour de Cassation, la réglementation de la liberté d'aller et venir est au contraire légale si elle est limitée et ne se traduit pas par une interdiction générale (32).

2. Atteinte à la liberté des cultes : au début du siècle, la Cour de Cassation a été amenée fréquemment à apprécier la légalité d'arrêtés de police municipaux réglementant les manifestations extérieures de la liberté de religion. A été déclaré illégal l'arrêté par lequel un maire, en vertu de ses pouvoirs de police, avait interdit le port du costume ecclésiastique sous la sanction de l'article 471-15° (33). Cette réglementation, en effet, n'entraînait pas dans les pou-

(30) Cf. BRETTON, *op. cit.*, p. 111.

(31) D. 1956 p. 365, rapport Ledoux.

(32) Cass. Crim. 9 mai 1961, J.C.P. 1961.II.12283, note Chambon, D. 1961 som. p. 85.

(33) Cass. Crim. 23 mai 1901, D.P. 1901.1.429 ; même solution adoptée par le Conseil d'Etat : C.E. 2 août 1907, D.P. 1908.3.81 ; C.E. 14 février 1908, D.P. 1909.3.95.

voirs de police conférés au maire en vue d'assurer le bon ordre, la sécurité ou la salubrité publique ; par ailleurs, la loi dont l'arrêté municipal faisait application étant dépourvue de sanction, le maire ne pouvait en édicter une de sa propre autorité. Par contre la réglementation des sonneries de cloches entre dans les pouvoirs de police de l'autorité municipale, en vertu de l'article 27 de la loi du 9 décembre 1905 : l'arrêté municipal pris en cette matière est donc légal et valablement sanctionné par l'article 471-15° Code pénal (34).

Plus près de nous, a été déclaré illégal un arrêté interdisant toute procession sur l'étendue de la commune de Besançon, car cette interdiction empêchait le déroulement de cérémonies consacrées par les habitudes et les traditions locales : aucun motif tiré de la nécessité du maintien de l'ordre ne pouvait être invoqué (35). La même solution est retenue par le Conseil d'Etat, qui opère une distinction entre les processions et cérémonies consacrées par des usages locaux, et les autres, qui bénéficient d'une protection moins étendue.

3. Atteinte à la liberté de la presse : dans un arrêt du 6 décembre 1956 (36), la Cour de Cassation a admis qu'en l'absence de toute circonstance exceptionnelle de nature à justifier l'atteinte portée à la liberté de la presse reconnue par la loi du 29 juillet 1881, un préfet ne pouvait interdire d'une manière générale pour l'ensemble d'un département et sans limitation de durée, l'exposition et la vente de diverses publications : l'interdiction générale n'était pas nécessaire au regard du maintien de l'ordre, de la sécurité ou de la tranquillité publique.

4. Atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie : dans un arrêt du 18 juin 1958, rendu en Assemblée (37), le Conseil d'Etat avait annulé un décret du 9 août 1953 qui assimilait un certain nombre de pratiques, dont le refus de vente, à la pratique des prix illicites, et définissait des infractions pénales entraînant des sanctions. Le Conseil d'Etat avait estimé que la loi du 11 juillet 1953,

(34) Cass. Crim. 7 et 21 décembre 1907, D.P. 1909.1.161 ; cf. C.E. 2 août 1907, D.P. 1908.3.81.

(35) Tribunal de simple police de Besançon 9 novembre 1945, Mgr Dubourg et Billey, G.P. 1946.1.35.

(36) Bull. Crim. 1956 p. 1459 n° 821.

(37) Syndicat des grossistes en matériel électrique de la région de Provence, Rec. p. 358 ; J.C.P. 1958.II.10727, note R. J. : A.J.D.A. 1958.II p. 306 n° 284 ; D. 1958 p. 656, concl. Tricot.

portant redressement économique et social, interdisait au gouvernement d'édicter des sanctions pénales, car elle précisait que les décrets ne pourraient porter atteinte « ni aux matières réservées à la loi, soit en vertu des dispositions de la Constitution, soit par la tradition constitutionnelle républicaine dont les principes ont été réaffirmé par le préambule de la Constitution, ni à la protection des biens et des libertés publiques ».

Or, un des premiers actes du gouvernement de Gaulle fut de prendre un décret, le 24 juin 1958, sur la base de la loi d'habilitation du 13 décembre 1957 tendant au rétablissement de l'équilibre économique et financier ; ce décret visait à faire échec à la décision du Conseil d'Etat et reprenait les dispositions du décret annulé. Dans sa quasi-unanimité, la doctrine estimait illégal ce décret de 1958, car le gouvernement de Gaulle ne pouvait invoquer à son profit les dispositions d'une loi conférant les pleins pouvoirs au gouvernement F. Gaillard pour prendre ce décret (38). Les lois de pleins pouvoirs, en effet, sont accordées « intuitu personæ ».

Pourtant les juridictions répressives, statuant sur exception d'illégalité, jugèrent que le décret était légal et rejetèrent le moyen (39). Saisie à son tour, la Cour de Cassation a admis la légalité de ce texte (40) en décidant que le décret du 24 juin 1958 « a été régulièrement pris en application de la loi du 13 décembre 1957 qui autorisait le Gouvernement à prendre par décrets, avant le 30 juin 1958, toutes mesures tendant, en vue de l'abaissement des prix, à l'assainissement et à l'amélioration de la distribution, au maintien et au rétablissement de la libre concurrence ». La Cour de Cassation ajoute « que cette loi donnait de tels pouvoirs à tout gouvernement en fonction avant l'expiration du délai qu'elle fixait ». Peu importe que la loi du 3 juin 1958, accordant au Gouvernement les pleins pouvoirs pour le redressement de la Nation, ait précisé que « les décrets pris pour son application ne pourraient porter sur la qualification des crimes et délits ni sur la détermination des peines

(38) Voir en particulier : AUBY : « Les limitations apportées à l'exercice par le Gouvernement de pouvoirs spéciaux », D. 1960 chr. p. 45 ; HÉMAR, R.T.D.C. 1960 p. 132 ; DELVOLVÉ : « Le refus de vente », D. 1960 chr. p. 203.

(39) Voir par exemple : C.A. Bordeaux 11 juillet 1960, Barjolle et Société des biscuits Olibet, J.C.P. 1960.II.11723 ; C.A. Lyon 9 décembre 1960, Ministère public c/ Colin et Société Radio-Matériel, J.C.P. 1961.II.11907 ; C.A. Paris 7 février 1961 ; Nicolas et Société Brandt frères c/ Ministère public et Société Photo-Radio-Club, J.C.P. 1961.II.12052 note Plaisant, D. 1961 p. 175 rapport Robin.

(40) Cass. Crim. 13 juillet 1961, Procureur général près la Cour de Cassation c/ Barjolle, J.C.P. 1961.II.12241, D. 1961.J.525 rapport Costa ; Cass. Crim. 11 juillet 1962, Nicolas, Brandt et Société Photo-Radio-Club, D. 1962 p. 497 rapport Costa.

qui leur sont appliquées ». Ces deux lois n'avaient pas le même objet, et « l'interdiction formulée par la seconde ne faisait pas obstacle à ce que le gouvernement pût, dans la matière spéciale du rétablissement de la libre concurrence, disposer des pouvoirs plus étendus qui lui avaient été antérieurement conférés » (41).

Pour la Chambre Criminelle, l'habilitation prévue par la loi de 1957 est impersonnelle, et si le Parlement avait entendu la limiter à un gouvernement nommément désigné, il l'aurait expressément déclaré dans la loi elle-même. De plus, l'objet de la loi de 1958 est beaucoup plus vaste (le redressement de la Nation) que celui de la loi de 1957 (le rétablissement de la libre concurrence) et il faut admettre qu'une loi d'habilitation générale n'abroge pas implicitement une loi d'habilitation spéciale antérieure. Dans son rapport sur l'arrêt du 13 juillet 1961, M. le Conseiller Costa relevait que cette position était légalement celle du Conseil d'Etat et citait, à propos des lois du 17 août 1948 et du 11 juillet 1953 l'arrêt « Roze » du 8 mars 1957 (42) et pour les lois du 16 mars 1956 et du 4 février 1960 l'arrêt « Lagailarde » du 27 mai 1960 (43). C'est donc pour des raisons somme toute assez formelles que la Cour de Cassation a admis la légalité du décret en cause, en évitant d'avoir à se prononcer sur l'argument qu'avait retenu en 1958 le Conseil d'Etat pour annuler le décret de 1953.

§ 3. *Les cas de contradiction de jurisprudence.*

S'il n'y a donc pas, à proprement parler, dans ces affaires, de contradictions de jurisprudences, on devine cependant que l'accord peut n'être pas toujours réalisé entre les solutions posées par les juridictions judiciaires et celles retenues par les juridictions administratives. Effectivement, on relève parfois des différences, entre les deux ordres de juridictions, dans l'appréciation de la légalité des actes administratifs portant atteinte aux libertés : l'acte sera déclaré légal par un des juges, illégal par l'autre.

Ainsi, il est arrivé au Tribunal administratif de Nice d'estimer légal un arrêté du maire de cette ville interdisant d'une manière générale l'exercice de la profession de photographe-filmeur, sans limitation dans le temps et dans cinquante huit rues ou promenades de la ville, alors qu'au contraire la Cour de Cassation jugeait illé-

(41) Arrêt du 11 juillet 1962.

(42) Rec. p. 147, concl. Mosset.

(43) Rec. p. 369.

gal cet arrêté (44). Cela ne prêtait pas à conséquence par le Conseil d'Etat condamne constamment les interdictions générales et absolues d'exercer telle ou telle liberté, en particulier la liberté du commerce et de l'industrie (45).

Mais il n'en va pas toujours de la sorte et les deux juridictions suprêmes peuvent adopter des solutions opposées, l'une ou l'autre apparaissant tour à tour plus libérale (46).

1. Parfois, la Cour de Cassation est plus favorable aux libertés que le Conseil d'Etat. Celui-ci, dans un arrêt du 25 mars 1955 « Fédération départementale des chasseurs du Finistère » (47), a jugé légal un arrêté ministériel limitant, pendant la fermeture générale, l'exercice de la chasse à la bécasse aux bois de plus de trois hectares, considérant qu'il n'y avait pas eu détournement de pouvoir, car le Ministre avait « eu essentiellement pour but de prévenir la destruction des oiseaux ». M. Landron avait estimé, dans ses conclusions, que la liberté de la chasse « ne saurait être assimilée aux libertés publiques essentielles », car elle ne figure pas dans la Déclaration des Droits de l'Homme et des Citoyens ; le droit de chasse n'est pas une liberté inhérente à la personne humaine, et il n'y a pas lieu de se montrer dans sa protection, aussi strict que dans les matières où les libertés publiques essentielles sont en cause.

Au contraire, la Cour de Cassation a estimé que l'arrêté était illégal et que l'administration excédait ses pouvoirs « en préten-

(44) Crim. 18 juillet 1957, Procureur de la République de Nice c/ Pelet, D. 1958 p. 8 ; J.C.P. 1957.II.10202.

(45) Voir à propos précisément de l'interdiction de l'exercice de la profession de photographe-filmeur ; C.E. 22 juin 1951, Daudignac, Rec. p. 362 ; D. 1951 p. 589, concl. Gazier, note J. C. — Cour de Cassation et Conseil d'Etat adoptent la même position : voir également Cass. Crim. 7 novembre 1956, D. 1957 p. 57 : réglementation de la profession de marchand ambulant ; 9 avril 1957, D. 1957 p. 449 : illégalité de l'interdiction générale de stationnement de véhicules transportant du gaz butane ; 5 décembre 1957, D. 1958 Som. p. 33 : illégalité d'une interdiction générale de jeux et loteries d'animaux vivants ; C.E. 26 février 1960, Ville de Rouen, Rec. p. 154 ; C.E. 31 mai 1963, Ville de Grenoble, Rec. tables p. 833 ; C.E. 15 octobre 1965, « Préfet de police c/ Sieur Alcaraz, Dame Tanasijevic et autres », D.A. 1965 n° 352 ; A.J.D.A. 1965 p. 662, concl. Kahn : photographes-filmeurs ; 2 avril 1954, Pétronelli, Rec. p. 208, R.P.D.A. 1954 p. 98 concl. Laurent, A.J.D.A. 1954.II bis p. 9 chr. Long : circulation de véhicules publicitaires ; 15 décembre 1961, Chiarella, Rec. p. 709, D. 1962 p. 473 note Vergnaud, Rev. adm. 1962 p. 44 concl. Braibant, A.J.D.A. 1962 p. 21 chr. Galabert et Gentot : illégalité de l'interdiction absolue de faire de la publicité par projection lumineuse sur les nuages ; 20 janvier 1965, Ministre de l'Intérieur c/ Dame Vicini, Rec. p. 41, R.D.P. 1965 p. 543 : illégalité de l'interdiction générale de stationnement et de séjour des nomades dans un département.

(46) Cf. BRETTON, *op. cit.*, pp. 113-114.

(47) Rec. p. 177, concl. Landron.

dant interdire cette chasse sur certains terrains alors qu'elle est ouverte sur d'autres » (48). On notera que la Cour ne s'est pas laissée influencer par l'arrêt du Conseil d'Etat, qui avait statué le premier, ce qui prouve bien que les tribunaux judiciaires peuvent déclarer illégal un acte administratif tenu pour légal par le juge administratif.

2. Mais en d'autres occasions, plus fréquentes d'ailleurs, le Conseil d'Etat se montre plus hardi que la Cour de Cassation dans la sanction des actes administratifs illégaux. Cela tient à ce que les juridictions judiciaires sont assez réservées dans la recherche du détournement de pouvoir, bien que cette recherche ne leur soit pas interdite. « Il est bien connu, disait M. le Conseiller Costa, que par crainte de violer la séparation des pouvoirs, les tribunaux judiciaires se tiennent, en cette matière du détournement de pouvoir, en retrait par rapport à la jurisprudence, très audacieuse et très extensive, du Conseil d'Etat ». Mais, ajoutait-il, « de là à interdire totalement au juge pénal d'apprécier le détournement de pouvoir quand on lui demande de condamner quelqu'un, il y a un pas que votre rôle de gardiens de la liberté individuelle vous interdit, sans doute, de franchir » (49). Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que les juridictions judiciaires recherchent un éventuel détournement de pouvoir, mais en faisant montre d'une grande timidité.

Dans la célèbre affaire « Beauge », la Cour de Cassation avait jugé légal, parce que pris pour assurer le maintien du bon ordre et de la décence, un arrêté municipal interdisant aux baigneurs de se déshabiller et de se rhabiller dans tout autre endroit que les établissements de bain (50). Le Conseil d'Etat, de son côté, annula l'arrêté parce que motivé uniquement par l'intérêt financier de la ville de Biarritz (51).

Plus récemment, la Cour de Cassation, dans un arrêt du 14 novembre 1963 « Pommery et Dalmas de Polignac » (52), après s'être reconnue compétente pour apprécier la légalité de décrets individuels d'amnistie, avait admis la légalité de ces décrets pris sur la base de la loi d'amnistie du 31 juillet 1959, et déclaré l'ac-

(48) Cass. Crim. 3 octobre 1956, Person, G.P. 1956.2.314.

(49) Rapport sous Cass. Crim. 21 décembre 1961, Dame Le Roux, D. 1962 p. 102.

(50) Cass. Crim. 6 juin 1924, Beauge c/ Ministère public, D.H. 1924 p. 491.

(51) C.E. 4 juillet 1924, Beauge, Rec. p. 641.

(52) D.1964 p. 265, note Ch. D.

tion publique éteinte. Or l'amnistie bénéficiait aux sieurs Guy de Polignac et Malapert, poursuivis sur plainte des sieurs Dalmas de Polignac et Pommery pour infraction à la loi sur les sociétés, et procédures frauduleuses tendant à prendre le contrôle de la société de champagne Pommery. Les requérants avaient donc intérêt à faire déclarer illégaux les décrets individuels d'amnistie et se fondaient pour cela sur une disposition de la loi d'amnistie du 31 juillet 1959 stipulant que les mesures individuelles ne pourraient intervenir que pendant un délai d'un an à compter de sa publication, c'est-à-dire jusqu'au 5 août 1960, alors qu'au contraire, les décrets individuels d'amnistie avaient été pris le 10 janvier 1962, soit quelque dix-huit mois après la date limite.

C'est à un contrôle très superficiel de légalité que s'est livrée la Cour de Cassation. En effet, l'article 15 de la loi de 1959 dispose que « pendant un délai d'un an à compter de la publication de la présente loi, pourront être admis par décret au bénéfice de l'amnistie les délinquants primaires, etc... ». La Cour a estimé que ce texte devait être entendu « comme impartissant uniquement aux bénéficiaires éventuels un délai pour déposer leur requête », interprétation qui, sans conteste, dépasse le texte de la loi. La demande des intéressés étant parvenue au Garde des sceaux respectivement le 22 juillet et le 26 juillet 1960, la légalité des décrets d'amnistie était dès lors établie, pour la Cour de Cassation.

Telle n'a pas été la décision du Conseil d'Etat, lequel, dans un arrêt du 22 novembre 1963 rendu en Assemblée « Louis Dalmas de Polignac, Louis Pommery et Philippe-Gaultier-Pommery » (53), a conclu à l'illégalité des décrets d'amnistie. A la différence de la Cour de Cassation, la Haute Juridiction administrative considère que, par l'article 15 de la loi du 31 juillet 1959, « le législateur a entendu limiter audit délai d'un an non pas seulement la possibilité offerte aux délinquants de présenter une demande en vue d'être admis par décret au bénéfice de l'amnistie, mais également la compétence ainsi confiée au Gouvernement pour intervenir dans une matière dont, en vertu de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958, les règles sont fixées par la loi ; par suite, postérieurement à l'expiration du délai d'un an suivant la publication, le 5 août 1959, de la loi précitée, le Gouvernement n'était plus compétent pour admettre par décret au bénéfice de l'amnistie des personnes énumérées à l'art. 15 de ladite loi ».

(53) Rec. p. 565 ; D. 1964 p. 161, note Ch. Debbasch ; A.J.D.A. 1964 p. 23 chr. Fourré-Puybasset.

La portée de cet arrêt du Conseil d'Etat peut être examinée à plusieurs points de vue. Si l'on regarde son résultat, les requérants ont tout lieu d'être satisfaits, car l'annulation des décrets d'amnistie qui bénéficiaient aux inculpés leur fait gagner une cause qu'ils avaient perdue devant la Chambre Criminelle. Quand une délégation est consentie au gouvernement dans le domaine législatif, le délai imparti doit être interprété strictement ; la date limite est impérative et toute mesure intervenant après son expiration serait illégale. Cette solution n'est pas nouvelle et le Conseil d'Etat n'a fait que l'appliquer au cas d'espèce. Certes l'interprétation très large et très extensive de la Cour de Cassation était favorable aux inculpés, mais la protection la plus efficace devait d'abord et avant tout être accordée aux requérants, c'est-à-dire aux victimes de manœuvres frauduleuses. En réalité la Haute Juridiction judiciaire, après avoir reconnu sa compétence, manifeste une certaine réserve et s'est limitée à un contrôle extrêmement ténu de la légalité.

Au contraire, le Conseil d'Etat, comme l'a montré M. Ch. Debbasch, a fait preuve d'une grande « audace », non point tellement sur le fond que sur le plan de la compétence du juge administratif et de la recevabilité du recours.

On pouvait se demander en effet si les décrets individuels d'amnistie, intervenant dans le cadre d'une procédure pénale ou en cours d'instruction, n'entraient pas dans la catégorie des actes relatifs au fonctionnement des tribunaux judiciaires dont la juridiction administrative refuse constamment de connaître (54). Mais, bien que des décrets individuels d'amnistie influent sur le cours de la justice, ne serait-ce que par leur incidence sur la poursuite engagée ou sur la condamnation prononcée, cette circonstance, estime le Conseil d'Etat, « n'est pas de nature à faire obstacle à l'exercice par la juridiction administrative de son pouvoir de contrôle sur leur légalité », car ce sont des « actes émanant d'une autorité administrative ». Actes administratifs, le recours pour excès de pouvoir leur est ouvert à ce titre. Cette solution avait déjà été affirmée dans un arrêt du 24 novembre 1961 : *Electricité de Strasbourg c/Schaub* (55); elle est confirmée ici et semble donc bien établie. On peut

(54) Sur la distinction entre l'organisation et le fonctionnement des services judiciaires : T.C. 27 novembre 1952, *Préfet de la Guyane*, Rec. p. 642 ; J.C.P. 1953.II.7598, note Vedel ; G.A.J.A. n° 93 p. 375. Voir également : GOUR : « Le contentieux des services judiciaires et le juge administratif (problèmes de compétence) », 1960 ; AUBY et DRAGO : « Traité », I, p. 493 n°s 419 et s.

(55) Rec. p. 660 ; R.D.P. 1962.339, concl. Heumann ; A.J.D.A. 1962 p. 18, chr. Galabert et Gentot.

simplement regretter, avec M. Debbasch, que la compétence administrative ne se manifeste pas plus souvent, surtout dans des espèces où il n'y a aucune compétence judiciaire à sauvegarder, ce qui éviterait certains dénis de justice (56)).

Sur le terrain de la recevabilité, l'arrêt du 22 novembre 1963 est une illustration supplémentaire d'une jurisprudence constante qui entend d'une manière très large la notion d'intérêt pour agir. Les droits civils des requérants n'étaient pas touchés, en effet, et si les portes de la juridiction répressive leur étaient fermées, ils avaient toujours la ressource de faire valoir leurs prétentions devant la juridiction civile. Néanmoins, le Conseil d'Etat a considéré que les décrets litigieux avaient privé les requérants du droit de poursuivre devant la juridiction répressive la réparation du dommage causé par l'infraction reprochée aux prévenus, droit affirmé par l'article 3 du Code de Procédure pénale : « l'action civile peut être exercée en même temps que l'action publique et devant la même juridiction ». Les requérants avaient tout avantage à intenter l'action civile devant la juridiction pénale : rapidité accrue dans le déroulement de l'instance, frais plus réduits, privilèges spéciaux (contrainte par corps à l'encontre des créanciers, solidarité des coupables), juridiction répressive plus favorable, dans la réparation, que la juridiction civile. Les décrets litigieux entraînaient l'extinction de l'action publique et du même coup, celle de l'action civile portée devant la juridiction répressive : pour cette raison, les requérants avaient intérêt à en demander l'annulation. Quant à l'argument tiré du rejet, par la Cour de Cassation, des recours formés contre les arrêts confirmant l'extinction de l'action publique, il était sans valeur, « la recevabilité d'un pourvoi — et notamment l'intérêt pour agir qui est l'une des conditions de cette recevabilité — devant s'apprécier au moment où ledit pourvoi est introduit ».

CONCLUSION

Faut-il regretter ce genre d'opposition que l'on relève parfois entre les jurisprudences judiciaires et administratives ? Juridiquement, peut-être, car des heurts ou des dissonances laissent toujours une impression de malaise, ce qui n'est pas très grave, et ouvrent

(56) Cf. note précitée, I, B ; voir également : C.E. 13 juillet 1961, Jobard, Rec. p. 489, concl. Kahn ; D. 1962 p. 275, note Debbasch.

la porte à de plus amples affrontements, ce qui l'est plus. A la limite, c'est un vrai « dialogue de sourds » (57) qui risque de s'ins-taurer lorsque chaque ordre de juridiction persiste à apprécier différemment la légalité de l'acte administratif litigieux, d'autant plus que le juge répressif ne peut pas surseoir à statuer au profit du juge administratif, la Cour de Cassation l'a souvent rappelé (58).

Mais d'une part, ces contrariétés de jurisprudences sont peu fréquentes, et il ne faudrait pas en exagérer l'importance. D'autre part, l'existence d'une dualité de recours double, pour le requé-rant, les chances d'obtenir gain de cause : s'il y a contradiction entre les jugements, cela prouve qu'une juridiction sur les deux se prononce dans un sens favorable à la victime, laquelle n'en de-mande, bien souvent, pas davantage. Ce qui compte, au fond, c'est que ses droits et libertés soient respectés. C'est dans ce but que chaque ordre de juridictions a reçu compétence, et les frictions qui se manifestent parfois sont le prix de la protection des libertés.

Le plus souvent d'ailleurs, c'est une spécialisation des com-pétences que l'on observe entre les juridictions administratives et judiciaires.

* *
*

(57) BRETTON, *op. cit.*, p. 114.

(58) Crim. 29 juin 1935, D.H. 1935 p. 448 ; Crim. 7 mai 1951, Gerval, S. 1952.1.83 ; Crim. 29 mars 1962, Valais, J.C.P. 1962.II.12728 bis, note Lamarque.

CHAPITRE II

COMPÉTENCES SPÉCIALISÉES

Sous réserve des exceptions envisagées ci-dessus, les juridictions administratives sont compétentes pour connaître, à la fois sur le plan de la légalité et sur celui de la responsabilité, des atteintes portées aux libertés publiques par des actes administratifs. Il arrive quelquefois, cependant, qu'une certaine spécialisation s'instaure entre les deux ordres de juridictions, soit en vertu d'un texte, soit spontanément. Il en résulte une sorte de division du travail, dictée par le souci d'assurer une meilleure protection des libertés, souci commun aux deux ordres de juridictions.

En principe, la répartition des compétences entre les deux ordres de juridictions est du domaine exclusif du législateur, ainsi que l'a affirmé le Conseil d'Etat dans l'arrêt précité « Association nationale de la meunerie et autres » (1). Pourtant, même en l'absence de texte, il arrive que les deux ordres de juridiction, par une sorte de « *modus vivendi* », de collaboration, se spécialisent chacun dans la connaissance d'un aspect particulier du litige. Mais, prévue ou non par la loi, cette spécialisation concerne essentiellement, en matière de libertés, les atteintes à la liberté de l'individu.

(1) C.E. Ass. 30 mars 1962, Rec. p. 233 ; D. 1962 p. 630, concl. Bernard ; A.J.D.A. 1962.II p. 123, p. 285 chr. Galabert et Gentot : « Par application des dispositions de l'article 34 de la Constitution... en vertu desquelles la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, c'est au législateur seul qu'il appartient de fixer les limites de la compétence des juridictions de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire. »

Section I

REPARTITION DES COMPETENCES EN VERTU D'UN TEXTE

Par. 1. - Atteinte à la propriété privée.

C'est surtout en matière d'atteintes administratives à la propriété privée que le législateur est intervenu pour attribuer compétence aux tribunaux judiciaires dans l'indemnisation des particuliers lésés (2). Dans le contentieux des réquisitions civiles et militaires, le juge administratif contrôle la régularité de l'ordre de réquisition, puisque l'exercice du droit de réquisition est une manifestation des prérogatives de la Puissance publique ; par contre, la question de l'indemnisation est du ressort des tribunaux judiciaires. De cette répartition traditionnelle opérée par la loi, et considérée comme un véritable principe, le Conseil d'Etat a fait récemment une interprétation stricte en décidant que lorsque la loi ne précise pas la juridiction compétente pour statuer sur les conséquences dommageables de la dépossession, c'est la juridiction administrative qui doit statuer. En d'autres termes, la compétence judiciaire doit être expressément prévue par un texte. Lorsqu'un litige a trait au paiement d'une dette d'une personne publique, « née d'une opération de puissance publique, en l'absence de texte spécial attribuant compétence à l'autorité judiciaire, un tel litige relève du juge administratif » (3).

Une répartition analogue est opérée par le législateur en ce qui regarde le contentieux des servitudes administratives. Un propriétaire s'estimant lésé par l'exercice d'une servitude peut demander son annulation au juge administratif, ou s'adresser au juge judiciaire s'il veut obtenir une indemnité en réparation du préjudice subi (4).

De même, en ce qui concerne l'expropriation pour cause d'utilité publique (loi du 8 mars 1910, ordonnance du 23 octobre 1958

(2) Cette question a été étudiée tout spécialement par M. Ph. BRETTON dans sa thèse sur « L'autorité judiciaire gardienne des libertés essentielles et de la propriété privée » (pp. 115 et s.).

(3) C.E. 5 octobre 1960, Compagnie d'assurances générales, Rec. p. 577, A.J.D.A. 1961.II p. 25 n° 2 obs. Galabert, et surtout C.E. 15 février 1961, Werquin, Rec. p. 118 ; D. 1961 p. 661, note Weil ; R.D.P. 1961 p. 321, concl. Braibant ; R.D.P. 1961 p. 1253, note Waline ; J.C.P. 1961.II12259, note Auby ; A.J.D.A. 1961 p. 197, chr. Galabert et Gentot.

(4) Cf. BRETTON, *op. cit.*, pp. 120 et s.

et loi du 26 juillet 1962), on sait qu'elle comprend deux phases : une phase administrative, réalisée par la déclaration d'utilité publique et par l'arrêté de cessibilité, actes administratifs pouvant donner lieu à recours pour excès de pouvoir ; une phase judiciaire composée du transfert de propriété, œuvre du juge judiciaire, susceptible de recours en cassation, et de la fixation de l'indemnité, confiée depuis 1962 à un organisme paritaire, la « chambre d'expropriation » comprenant, sous la présidence d'un magistrat judiciaire, un représentant des collectivités publiques, un représentant de la propriété privée, ainsi que le Directeur départemental des Domaines siégeant en tant que commissaire du Gouvernement. Il s'agit là d'une véritable collaboration entre l'administration, les particuliers et la juridiction judiciaire.

Par. 2. - Les internements d'aliénés.

En ce qui concerne les libertés publiques proprement dites, la spécialisation des compétences se manifeste dans *le contentieux des internements d'aliénés*, question très grave pour la liberté individuelle, car cela entraîne la privation de l'exercice des droits les plus fondamentaux.

D'après la loi du 30 juin 1838 formant le titre IV du Code de la Santé publique, les aliénés peuvent être internés soit par placement volontaire effectué par un particulier, soit par placement d'office émanant de l'autorité publique (préfet de police à Paris, préfets dans les départements). En application de l'article L 351 du Code de la Santé publique, selon lequel c'est à l'autorité judiciaire d'ordonner la libération de l'interné, les deux ordres de juridictions s'accordent, en des termes à peu près identiques, pour affirmer la compétence judiciaire dans l'appréciation de la nécessité ou du bien-fondé d'une mesure d'internement, ou d'un refus d'élargissement. Au contraire, la juridiction administrative est compétente pour apprécier la régularité de l'acte administratif ordonnant l'internement ou refusant l'autorisation de sortie. « Si la juridiction administrative a qualité pour connaître de la régularité de l'acte administratif par lequel un préfet a ordonné l'internement, la juridiction civile avait seule compétence pour apprécier la nécessité de cette mesure et les conséquences qui peuvent en résulter » déclare la Cour de Cassation (5), et le Conseil d'Etat, de son côté, affirme : « Il n'appartient qu'à l'autorité judiciaire d'apprécier le bien

(5) Req. 17 juillet 1944, Etat Français c/ Machinot, D. 1945 p. 82 ; S. 1944. 1.136 ; G.P. 1944.2.154.

fondé d'une décision d'internement et de connaître des réclamations tendant à faire ordonner la sortie d'un interné » (6).

Dans un arrêt du 15 juillet 1942, la Cour d'Appel de Dijon a déclaré que si les tribunaux judiciaires sont seuls compétents pour ordonner la mise en liberté immédiate de l'interné après vérification de son état de santé, c'est en tant que « gardiens de la liberté individuelle » (7). La protection de la liberté individuelle est en effet la raison d'être de la compétence judiciaire, compétence affirmée à une époque où la juridiction administrative, outre qu'elle n'avait pas atteint son plein développement, était suspecte de partialité vis-à-vis de l'Administration. Cette application du principe de l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle a survécu jusqu'à nos jours, puisque la loi de 1838 constitue une partie du Code de la Santé publique. L'Administration, semble-t-il, n'a jamais cherché à remettre en cause la compétence judiciaire, non plus d'ailleurs que la juridiction administrative, car le juge judiciaire paraît plus qualifié et mieux armé pour se prononcer sur le bien fondé de la décision d'internement ou sur l'opportunité de la mise en liberté de l'interné.

Il en résulte une extension de la compétence judiciaire à la réparation des conséquences dommageables d'un internement irrégulier : C.A. Dijon 15 juillet 1942 (précité): « Les tribunaux civils, ainsi compétents pour ordonner l'élargissement d'une personne, le sont également, par voie de conséquence, pour connaître des conséquences dommageables d'une mesure qui, bien que revêtue des formes légales, était injustifiée » (8).

Le Conseil d'Etat, sur la question de la réparation, adopte une position plus nuancée. En général, il se range aux solutions retenues par les juridictions judiciaires ou le Tribunal des Conflits : par exemple 10 juin 1959 Dame Pujol (9): il n'appartient qu'à l'autorité judiciaire de connaître des conclusions relatives... « à la responsabilité prétendument encourue par les personnels judiciaires et aux dommages-intérêts demandés à ce titre ». Le Conseil d'Etat, dans cet arrêt, fonde son incompétence sur le refus de connaître des actes concernant le fonctionnement des services judiciaires, dont, semble-t-il, feraient partie la décision d'internement ou

(6) C.E. Ass. 20 décembre 1939, Faussabry, D.H. 1940 p. 118.

(7) C.A. Dijon 15 juillet 1942, Machinot c/ Etat Français, G.P. 1942.2.173.

(8) De même Cass. Req. 17 juillet 1944, précité ; T.C. 6 avril 1946, Machinot c/ Préfet de police, Rec. 326.

(9) Rec. p. 355, R.P.D.A. p. 117 n° 235.

de mise en liberté ainsi que la responsabilité encourue par les personnels judiciaires à ce titre (10). Parfois, en revanche, il affirme la compétence administrative pour connaître d'une demande en réparation du préjudice causé par un internement irrégulier (11). Il faut voir là une illustration de son désir de connaître lui-même des actes administratifs portant atteinte aux libertés.

Juge judiciaire et juge administratif exercent donc conjointement la protection de la liberté individuelle, en cas d'internement dans un établissement psychiatrique, l'un en examinant le bien-fondé de la décision d'internement ou de refus de mise en liberté, l'autre en contrôlant la régularité de l'acte administratif qui a causé l'atteinte à la liberté. Dans l'arrêt précité « Dame Poujol » (10 juin 1950), le Conseil d'Etat a admis que l'interné lui-même a qualité pour former personnellement un recours pour excès de pouvoir contre l'arrêté préfectoral ordonnant son internement. Certes, reconnaît-il, tout individu non interdit et placé ou retenu dans un établissement d'aliénés doit, en vertu de l'article 33 de la loi du 30 juin 1838, être représenté en justice par un mandataire spécial, mais cette disposition « n'est pas susceptible de recevoir application au cas où l'action est dirigée contre la décision même prononçant l'internement de l'intéressé ; une telle action, qui met en jeu le principe fondamental de la liberté individuelle, ne saurait en effet — à défaut d'une disposition législative expresse en ce sens — être entravée au préjudice de l'individu qui, frappé d'une mesure d'internement, entend se prévaloir de l'illégalité de ladite mesure en vue d'en faire prononcer l'annulation et de recouvrer ainsi la liberté dont il prétend avoir été privé dans des conditions irrégulières ».

Cette formule illustre à la fois le désir constant, chez le juge administratif, d'ouvrir le recours pour excès de pouvoir le plus largement possible, et la tendance non moins constante de sa part à interpréter un texte législatif dans un sens favorable aux libertés (cf. Titre I). La présomption de respect des libertés publiques par le législateur est le principe qui guide l'interprétation des textes à laquelle se livre le Conseil d'Etat.

Cela étant, le juge a estimé, en l'espèce, que la décision ordonnant l'internement de la requérante était légale : en effet, l'article

(10) De même, dans un arrêt du 23 octobre 1963, « Guilbaud », D.A. 1963 novembre p. 74 n° 347, il affirme qu'il « n'appartient qu'à l'autorité judiciaire d'apprécier la nécessité d'une mesure d'internement et les conséquences qui peuvent en résulter ».

(11) 8 novembre 1957, Gérard, R.D.P. 1957 p. 129.

18 de la loi du 30 juin 1838 précise que « les ordres des préfets seront motivés et devront énoncer les circonstances qui les auront rendues nécessaires » (art. 343 al. 2/C.S.P.). Or le Préfet avait motivé son arrêté par référence expresse à deux rapports établis respectivement par le commissaire central et par le médecin inspecteur départemental des aliénés ; ces rapports étaient eux-mêmes motivés et définissaient les circonstances en raison desquelles devait être internée la requérante. Sans aller jusqu'à apprécier l'opportunité de la décision, le Conseil d'Etat contrôle donc l'existence et, peut-on dire, la « consistance » des motifs, en vérifiant si les circonstances imposant l'internement se sont réellement produites. C'est par ce contrôle qu'il se montre le défenseur de la liberté individuelle au même titre que le juge judiciaire.

Cette collaboration, fondée sur un texte dans le contentieux des internements d'aliénés, se retrouve parfois en l'absence de texte, lorsque, d'eux-mêmes, les deux ordres de juridictions procèdent à la répartition des compétences.

Section II

REPARTITION DES COMPETENCES EN L'ABSENCE DE TEXTE

Il arrive qu'une certaine spécialisation s'instaure entre les deux ordres de juridictions dans la connaissance de certains litiges, mais comme ceux-ci concernent des atteintes émanant de l'administration, on observe que le juge administratif tend à s'ériger en défenseur naturel des droits et libertés en face des violations commises par des autorités administratives.

Par. 1. - Atteinte à la propriété privée.

Cette tendance se vérifie tout d'abord en cas d'atteinte à la propriété privée, et plus particulièrement, comme l'a montré M. Bretton (12), dans la délimitation du domaine public naturel et en cas d'emprise irrégulière.

§ 1. Aucun texte en effet n'a attribué le contentieux de la délimitation du domaine public naturel à un ordre de juridictions dé-

(12) *Op. cit.*, pp. 134 et s.

terminé. Cette opération est du ressort de l'autorité administrative qui, outre son rôle de gardienne du domaine public, dispose seule des moyens techniques pour la mener à bien. Mais elle concerne également le droit de propriété privée des particuliers, auquel elle peut porter atteinte. Aussi le Tribunal des Conflits a-t-il décidé, au milieu du 19^me siècle (13) que l'Administration disposait du droit exclusif de procéder à la délimitation du domaine public, et que la juridiction administrative était compétente pour connaître de l'annulation de l'acte de délimitation irrégulier, mais que l'octroi d'une indemnité au propriétaire indûment dépossédé relevait de la compétence judiciaire.

Une telle répartition favorise la juridiction administrative car, d'une part, lorsqu'en cours de procès, les limites actuelles du domaine public naturel sont discutées devant le juge judiciaire, celui-ci doit surseoir à statuer jusqu'à ce que l'autorité administrative ait procédé à la délimitation (avec contrôle possible de la part du juge administratif); d'autre part, et surtout, seul le juge administratif peut ordonner la restitution au propriétaire irrégulièrement dépossédé. Les tribunaux judiciaires ne peuvent qu'accorder une indemnité : devant eux, le droit du propriétaire se résout en un simple droit de créance, ce qui, la plupart du temps, est loin de satisfaire le propriétaire. Ici encore, il faut voir dans la compétence judiciaire une survivance de l'idée selon laquelle le juge judiciaire est le gardien naturel de la propriété privée ; en fait, la juridiction administrative l'est également et l'a souvent prouvé (14), d'autant plus que les pouvoirs qui lui sont reconnus sont bien plus importants, sur le plan de la compétence et sur le fond, que ceux dont dispose la juridiction judiciaire.

§ 2. Une spécialisation analogue, avec prépondérance de la juridiction administrative, est réalisée également dans le contentieux de l'emprise irrégulière (15). Certains avaient proposé de faire de l'emprise un « bloc de compétence » au profit des tribu-

(13) T.C. 11 janvier 1873, de Paris-Labrosse c/ Etat, et 1^{er} mars 1873, Guillie, S. 1873.2.25 ; D.P. 1873.3.65.

(14) Par exemple : C.E. 5 janvier 1955, Decloitre, Rec. p. 1, concl. Grévisse.

(15) Sur l'ensemble de la question, outre les manuels, voir :

— DELBEZ : « La compétence contentieuse en matière d'emprise sur la propriété privée », Thèse Montpellier 1926.
— COUZINET : « La réparation des atteintes portées à la propriété privée immobilière par les groupements administratifs », Thèse Paris 1928.
— DESGRANGES : « Essai sur la notion de voie de fait en droit administratif », *op. cit.*, p. 52.
— WOUTERS : « De la règle que l'autorité judiciaire est gardienne de la propriété privée », p. 218.

naux judiciaires (16). Le juge administratif s'y est refusé et tend au contraire à annexer à son profit, petit à petit, la totalité de ce contentieux. La compétence, en effet, n'est judiciaire que si l'emprise est irrégulière (17). Encore, l'autorité judiciaire ne peut-elle connaître que de la réparation du préjudice causé par l'emprise irrégulière ; l'appréciation de la légalité de l'acte administratif fondant cette emprise est de la compétence du juge administratif.

Le principe de l'incompétence du juge judiciaire pour contrôler la légalité de l'emprise irrégulière a été posé par le Tribunal des Conflits dans l'arrêt classique « société Hôtel du Vieux Beffroi » (18). Le contrôle est exercé par le juge administratif, soit sur renvoi du juge judiciaire, soit directement par la voie du recours pour excès de pouvoir. Ce n'est qu'une fois l'irrégularité établie par le juge administratif que le propriétaire lésé peut demander, devant le juge judiciaire, réparation des préjudices, principaux et accessoires, causés par la dépossession. Sur ce point, l'arrêt du 17 mars 1949 étend la compétence judiciaire, mais c'est pour favoriser les propriétaires victimes d'emprises irrégulières et mettre fin à de savantes et délicates distinctions entre l'indemnité couvrant le dommage lui-même, fixée par les tribunaux judiciaires, et celle devant réparer les préjudices accessoires à la dépossession, fixée par le juge administratif sur la base de la faute de service (perte de loyer, paiement d'impôt, frais de déménagement, trouble dans le travail...).

Pourquoi la juridiction judiciaire est-elle compétente pour connaître de la réparation du préjudice causé par l'emprise irrégulière ? Aucune raison d'actualité, semble-t-il, ne justifie plus cette déro-

— DEBARY : « La voie de fait en droit administratif », *op. cit.*, p. 68.

— GOYARD : « La compétence des tribunaux judiciaires en matière administrative », *op. cit.*, p. 408.

— DELVOLVÉ : « Une crise du principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire : la jurisprudence du Tribunal des Conflits de 1947 à 1950 », E.D.C.E. 1950 p. 21.

— AUBY : « Emprise irrégulière et voie de fait », J.C.P. 1955.I.1259.

— WEIL : Note sous C.E. 15 février 1961, Werquin, D. 1961 p. 611.

— AUBY et DRAGO : « Traité », I, p. 529.

(16) Par ex : concl. Delvolvé sous T.C. 30 juin 1949, Nogier, D. 1950.3.13.

(17) C.E. 5 octobre 1960, Compagnie d'assurances générales, Rec. p. 517 ; A.J.D.A. 1961.II p. 25 n° 2, obs. J. M. G. ; C.E. 15 février 1961, Werquin, Rec. p. 118, R.D.P. 1961 p. 321 concl. Braibant, D. 1961 p. 611 note Weil, J.C.P. 1961.II.12259 note Auby.

(18) T.C. 17 mars 1949, Rec. p. 592 ; S. 1950.3.1, concl. Delvolvé, note Mathiot ; D. 1949 p. 209, concl. Delvolvé, note P. L. J. ; J.C.P. 1949.II.9997, note George.

gation au principe de la séparation des autorités. La prétendue supériorité de la propriété immobilière, nécessitant une protection spéciale ne correspond plus à la réalité, et les plus éminents civilistes s'accordent aujourd'hui pour reconnaître que le droit positif a rendu vain le vieil adage : « res mobilis, res vilis » (19). Recevrait-il encore application d'ailleurs, que le juge administratif serait tout aussi capable, et peut-être davantage, d'assurer la protection de la propriété privée immobilière que le juge judiciaire : le régime de la responsabilité administrative protège autant les victimes que celui de la responsabilité civile, et, sauf exception, le juge judiciaire ne peut prononcer d'astreinte ou d'injonction à l'encontre de l'Administration (20). L'origine historique de la théorie de l'emprise n'est plus de mise, comme argument en faveur de la compétence judiciaire, à une époque où la juridiction administrative a conquis depuis longtemps son brevet d'indépendance, de prestige et de protection des droits des administrés.

C'est pourquoi la jurisprudence récente complète l'expression « théorie de l'emprise », par l'adjonction de l'adjectif qualificatif « irrégulière », instaurant ainsi une brèche, qui en appellera d'autres, dans ce bloc de compétence qui semblait reconnu au profit de la juridiction judiciaire. « On ne saurait oublier, déclarait le Commissaire du Gouvernement Braibant, que la théorie de l'emprise est une exception, une dérogation au principe général de la séparation des autorités administratives et judiciaires et qu'elle doit être, en conséquence, entendue strictement. En l'absence de texte, les tribunaux judiciaires n'ont à intervenir que pour protéger la propriété privée contre des empiètements illégaux, fautifs, abusifs, non pour réparer les dommages résultant d'un acte légal de dépossession ; dès lors que l'emprise est régulière, le principe fondamental selon lequel la juridiction administrative connaît du contentieux des actes et des opérations de Puissance publique doit l'emporter sur la règle non écrite qui fait des tribunaux judiciaires les gardiens de la propriété immobilière privée » (21).

Puisque les victimes peuvent obtenir un résultat identique, sinon meilleur, en s'adressant au juge administratif plutôt qu'au juge judiciaire, ne faudrait-il pas aller plus loin et confier à la juri-

(19) Voir CARBONNIER : « Droit civil » ; MAZEAUD : « Leçons de droit civil » ; MAZEAUD : Encyclopédie Dalloz de droit civil ; PLANIOL et RIPERT : « Traité pratique de droit civil français ».

(20) Cf. WEIL, note précitée, D. 1961 p. 614, II, 1°.

(21) Concl. sous C.E. 15 février 1961, Werquin, précité, R.D.P. 1961 p. 321.

diction administrative la totalité du contentieux de l'emprise, qu'elle soit régulière ou non ? C'est là une solution que la logique imposerait et vers laquelle il faudra s'orienter si l'on veut éviter « l'absurde complexité d'une théorie qui se veut favorable aux propriétaires » (22). Rien ne s'oppose aujourd'hui à ce que le contentieux de l'emprise soit du ressort de la juridiction administrative, sur le fondement de la faute de service : c'est la meilleure garantie qui serait offerte au propriétaire lésé, lequel, dans le doute, en est réduit, pour le moment, à saisir simultanément les deux ordres de juridictions pour être certain de trouver un juge valablement compétent. Fruit de l'histoire, la collaboration devrait ici laisser place à l'unification.

Par. 2. - Les internements administratifs.

La question mérite également d'être posée en ce qui concerne le contentieux des *internements administratifs* (23) sur lesquels le juge administratif cherche à étendre le plus possible son contrôle. On retrouvera ce problème en seconde partie, car les circonstances mêmes dans lesquelles interviennent de telles mesures privatives de liberté empêchent ou limitent le contrôle du juge et, partant, la protection de la liberté. Le contentieux de la légalité des actes ordonnant l'internement administratif est du ressort de la juridiction administrative, de même que le contrôle de légalité des ordres d'assignation à résidence (24) (C.E. 30 janvier 1959 Grange (25)).

Quant à la réparation des internements administratifs irréguliers, elle peut être demandée soit au juge administratif, sur la base de la faute de service, soit devant le juge judiciaire, en application du Code pénal. Mais cette collaboration reste théorique, car on assiste en fait à un monopole au profit de la juridiction administrative.

(22) WEIL, note précitée.

(23) BURDEAU : « Libertés publiques », p. 154.

— COLLIARD : « Libertés publiques », Précis Dalloz, p. 202.

— ROBERT : « Les violations de la liberté individuelle commises par l'administration », p. 46.

— RIPERT : « Le déclin du droit », p. 89 n° 29.

— P. de F.-R. : note sous C.E. 27 février 1948, Focrain, et 21 janvier 1949, Joumier, S. 1950.3.25.

— L. PHILIP : « Les internements administratifs », D. 1962 chr. p. 135.

(24) VIATTE : « L'assignation à résidence », J.C.P. 1961.I.1636.

(25) Rec. p. 85, concl. Chardeau ; R.D.P. 1959 p. 798 ; A.J.D.A. 1959 p. 33, chr. Combarnous-Galabert.

Celle-ci est compétente pour connaître des recours en indemnité dirigés contre la Puissance publique, mais le Conseil d'Etat exige une « faute lourde » ou « d'une particulière gravité » pour engager la responsabilité de la Puissance publique en raison d'arrestation et de détention sans titre, ou en raison des actes attentatoires à la liberté. On connaît le célèbre arrêt « Alexis et Wolff » rendu à propos d'arrestation et de détention arbitraires au lendemain de la Libération (26). L'illégalité reconnue, le juge administratif est compétent pour réparer le préjudice subi en vertu de l'arrestation ou des sévices infligés (27).

Théoriquement, la victime dispose d'un autre moyen pour obtenir réparation, et c'est en cela que l'on pourrait parler de spécialisation des compétences entre les deux ordres de juridiction : intenter devant la juridiction judiciaire un recours en indemnité contre l'auteur de l'internement administratif sur le fondement des articles 114 à 122 du Code pénal, qui répriment les atteintes irrégulières à la liberté individuelle. Mais, comme l'a noté M. Robert, « les victimes, conscientes du caractère illusoire d'une telle action, n'ont point cherché à attaquer personnellement les agents qui s'étaient rendus coupables d'actes constitutifs d'infractions légalement réprimées » (28). L'utilisation d'une telle procédure est exceptionnelle et les auteurs n'en relèvent qu'une illustration (29).

La raison de ce délaissement, on la connaît déjà : c'est l'interprétation restrictive faite par le Tribunal des Conflits et le Conseil d'Etat de l'ancien article 112 du Code d'Instruction criminelle, devenu l'article 136 du Code de Procédure pénale. Malgré la prohibition édictée par ce texte, lorsque la victime d'une atteinte à la liberté individuelle intente une action civile contre le fonctionnaire pour faute personnelle, l'administration a tendance à élever le conflit, en alléguant qu'il ne s'agit que d'une faute de service. Le Conseil d'Etat (arrêt Alexis et Wolff) et le Tribunal des Conflits (arrêt Dame de la Murette) affirmaient en effet la compétence du juge administratif (sous réserve de la voie de fait) pour connaître des actions dans lesquelles l'Etat était mis en cause, ce qui incitait

(26) C.E. 7 novembre 1947, J.C.P. 1947.II.4006, concl. Celier, note Mestre ; D. 1948.J.472, note Eisenmann ; R.A. 1948 p. 29, note Liet-Veaux.

(27) Cf. arrêt Alexis et Wolff précité ; de même C.E. 20 mai 1957, Galabert, Rec. tables p. 1027.

(28) *Op. cit.*, p. 202.

(29) C.A. Orléans 3 juillet 1945, Clouzeau c/ Morane et Martin Sarré, D. 1946 p. 176 note Waline, G.P. 1945.2.147.

les autorités administratives à élever le conflit. Malgré une rédaction plus nette et apparemment fort précise de l'article 136 du Code de procédure pénale, le problème n'est pas résolu pour autant, car le Tribunal des Conflits, dans l'arrêt « Clément » du 16 novembre 1964 (précité), a décidé que, hormis le cas de voie de fait, les juridictions judiciaires ne peuvent se fonder soit sur l'illégalité de la décision administrative ayant causé le préjudice, soit sur une interprétation de cette décision, qu'après que la juridiction administrative ait annulé cette décision ou, saisie, sur un renvoi de l'autorité judiciaire, d'une question préjudicielle, ait déclaré cette décision illégale ou en ait donné l'interprétation.

Finalement, la spécialisation théorique des deux ordres de juridiction dans la connaissance des litiges relatifs aux atteintes à la liberté individuelle tourne à la prépondérance de fait de la juridiction administrative, laquelle, dans la sanction des violations des libertés commises par des autorités administratives, tend en quelque sorte, à faire du juge judiciaire son fondé de pouvoirs (30).

Cette tendance, que l'on a pu observer, en définitive, presque à chaque fois que le juge judiciaire est saisi d'atteintes aux libertés, montre assez que le juge administratif entend s'ériger en défenseur des libertés publiques. L'étendue du contrôle qu'il exerce prouvera qu'en de nombreuses occasions, ce désir est devenu réalité, et que la juridiction administrative tient une place essentielle dans la protection des droits de l'homme en France.

(30) Pour une étude d'ensemble de la répartition des compétences juridictionnelles en matière administrative, voir spécialement : AUBY et DRAGO : « Traité », T. I, pp. 283-610 ; Cl. GOYARD : « La compétence des tribunaux judiciaires en matière administrative », Paris, Domat-Montchrestien, 1962 ; BOULOUIS : « Compétence administrative », *Encycl. Dalloz, Dr. adm.* ; MALEVILLE, *J. Cl. Adm.*, fasc. 605 et s.

SOUS-TITRE III

L'étendue du contrôle exercé par le juge administratif

En principe, la reconnaissance de libertés publiques à son profit devrait permettre à l'individu d'agir librement et d'exercer ses activités comme il l'entend, quitte à répondre par la suite des conséquences dommageables de ses actes. Tel est le fondement du régime répressif, qui respecte pleinement l'exercice de la liberté, mais sanctionne les abus commis, par la punition de leur auteur et l'engagement de sa responsabilité. Irréprochable moralement, puisqu'il respecte totalement l'exercice de la liberté, un tel système ne peut cependant, dans la pratique, être viable à lui seul, car il conduirait rapidement et infailliblement au désordre et à la confusion. « Un statut des libertés purement répressif aboutirait à une catastrophe sociale, ne serait-ce que parce que, en l'absence d'une coordination préventive des libertés, leur exercice aboutirait à l'anarchie » (1).

Aussi a-t-il fallu confier aux autorités publiques le soin d'édicter à titre préventif une réglementation de l'exercice des libertés, afin de rendre possible la vie en société et l'aménagement des rapports entre individus. Cette réglementation est indispensable pour que règne un certain ordre et que les libertés individuelles s'épanouissent librement, jusqu'au point où leur abus entraînerait une gêne pour la liberté des autres. C'est pour permettre cet ajustement réciproque des libertés que le pouvoir de réglementation a été reconnu aux autorités publiques. Imposant à tous les citoyens, et

(1) G. BURDEAU : « Libertés publiques », pp. 30-31.

même à tous ceux qui habitent le territoire, certaines limites à leur activité, certaines obligations ou règles de conduite dans l'intérêt du maintien du bon ordre, au sens large, le pouvoir de réglementation prend alors la forme d'un pouvoir de police.

Celui-ci s'exerce par des actes juridiques (réglementaires ou individuels) ou matériels (exécution forcée des actes de police), et selon diverses modalités : moyens préventifs (déclaration, réglementation, autorisation, interdiction) ou répressifs (arrêt de police, exécution par voie judiciaire selon l'article R 26-15° du Code pénal, exécution d'office par voie administrative).

Dès lors, la tentation est grande pour l'Administration, et nombreuses les possibilités qui s'offrent à elle, de profiter des pouvoirs de police pour porter atteinte aux libertés sous le couvert de l'intérêt général, et, effectivement, on constate que la plupart des violations des libertés publiques sont commises à l'occasion de l'exercice par les autorités administratives des pouvoirs de police dont elles disposent. Par la restriction des libertés qu'ils peuvent imposer, et la gravité des sanctions qu'ils comportent, ces pouvoirs rendent indispensables l'existence de garanties efficaces contre l'arbitraire et les excès.

C'est pourquoi le juge administratif est appelé à jouer un rôle de premier plan dans la protection des libertés : à lui revient la tâche, combien difficile, de réaliser l'équilibre entre la mission d'intérêt général qui incombe à la Puissance publique, et l'exercice des droits et libertés qui appartiennent aux individus. Dans la mesure d'ailleurs où les interventions, en tous domaines, de l'Etat et autres collectivités publiques ne cessent de s'accroître, l'équilibre doit être constamment rétabli, parce que toujours remis en cause. Aussi la jurisprudence administrative cherche-t-elle à s'adapter le plus possible aux circonstances de lieu et de temps, afin d'assurer la protection la plus efficace des libertés.

A cette fin, le juge administratif contrôle d'abord et avant tout la *légalité* des actes qui, émanant d'une autorité administrative, portent atteinte aux libertés, accordant, éventuellement, réparation à la victime (chapitre I). Mais il lui arrive d'aller plus loin et de mettre en jeu la *responsabilité* des collectivités publiques, même lorsqu'est reconnue légale l'intervention administrative préjudiciable aux libertés (chapitre II) (2).

(2) On se bornera, dans le cadre de cette étude, à marquer la spécificité du contentieux des atteintes aux libertés publiques par rapport au contentieux administratif en général (pour ce dernier, se reporter au « Traité de contentieux administratif » de MM. AUBY et DRAGO).

CHAPITRE I

LE CONTENTIEUX DE LA LÉGALITÉ (1)

Le pouvoir de police, c'est-à-dire le pouvoir de limiter les activités et les libertés des citoyens, est étroitement assujéti à poursuivre la fin qui est la sienne : assurer ou maintenir l'ordre public, et à adapter exactement et efficacement les mesures qui doivent être prises aux circonstances qui les provoquent. Aussi le juge administratif se livre-t-il à un contrôle très poussé du but que visait l'autorité de police et des motifs qui l'ont conduite à prendre sa décision. Il y a bien longtemps qu'il agit « à la manière d'un supérieur hiérarchique » (2) dans le contrôle des actes de police portant atteinte aux libertés publiques.

Section I

LE CONTROLE DES MOBILES

La police se définissant par son but (la sauvegarde de l'ordre public), est illégale, comme entachée de détournement de pouvoir, toute mesure ne visant pas un but d'ordre public.

(1) Sur l'ensemble de la question, voir : J. CASTAGNÉ : « Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes de police administrative », Paris L.G.D.J. 1964, Préface de M. J.-M. AUBY.

(2) Concl. Chardenet, C.E. 19 février 1909, Abbé Olivier, Rec. p. 181 ; S. 1909.3.34 ; D. 1910.9.121. — De même : concl. Tissier, C.E. 5 juin 1908, Marc, Rec. p. 623 ; concl. Corneille, C.E. 10 août 1917, Baldy, Rec. p. 637.

§ 1. Il en est ainsi lorsque l'acte administratif est étranger à tout intérêt public ; il vise par exemple un but d'intérêt privé : intérêt personnel de l'auteur de l'acte (3) ou intérêt de tiers (4).

Parfois la décision est prise dans un but politique ou religieux : C.E. 23 décembre 1932 Société L'Eveil de Contres (5) : interdiction de défilé ; C.E. 26 octobre 1960 Rioux (6) : mesure mettant fin aux fonctions d'un agent non dans l'intérêt du service, mais dans un but politique, l'intéressé étant délégué syndical.

Assez souvent sont sanctionnées des décisions, apparemment régulières, mais qui en réalité visent, exclusivement ou à titre déterminant, à faire échec à l'autorité de la chose jugée par les juridictions administratives. C'est un des cas les plus classiques de détournement de pouvoir (7).

(3) C.E. 14 mars 1934, Delle Rault, Rec. p. 337 : réglementation par un maire des bals et dancings dans sa commune de façon à ce qu'aucune concurrence ne soit faite à son auberge.

(4) C.E. 15 décembre 1926, Taran, Rec. p. 1106 : prohibition des séances cinématographiques le dimanche dans l'intérêt des débitants de boissons ; C.E. 6 février 1963, Richard et Comité de défense de rédacteurs titulaires du ministère de la Construction, Rec. p. 69 : agent placé en position de détachement afin de rendre vacant le poste qu'il occupait et permettre la nomination d'un autre fonctionnaire ; C.E. 4 janvier 1961, Conseil national de l'Ordre des Pharmaciens, Rec. p. 1 : rejet d'une demande de transfert d'officine dictée par le souci de protéger des intérêts privés ; satisfaction d'une animosité personnelle : C.E. 23 juillet 1909, Fabrègue ; Rec. p. 727, S. 1911.3.121 note Hauriou : suspension d'un garde champêtre pendant dix mois consécutifs par dix arrêtés successifs ; C.E. 13 décembre 1961, Ville de Corte, Rec. tables p. 917 : révocation dictée par la rancune et déguisée sous une suppression d'emploi ; C.E. 9 mars 1951, Société des Concerts du Conservatoire, Rec. p. 151, S. 1951.3.81 note C. H. ; D.S. 1951 p. 368 concl. Letourneur, note Rivero : refus d'antenne à une société musicale en guise de représailles et en « violation du principe d'égalité qui régit le fonctionnement des services publics ».

(5) Rec. p. 1129, D. 1936.3.9 note P. Duclos.

(6) Rec. p. 558, concl. Chardeau.

(7) C.E. 23 décembre 1932, Rec. p. 1129, précité : Société « l'Eveil de Contres » ; 17 février 1950, Ministre de l'Agriculture contre Dame Lamotte, Rec. p. 110, R.D.P. 1951 p. 478 concl. Delvolvé, note Waline ; C.E. 13 juillet 1962, Bréart de Boisanger, Rec. p. 484, S. 1962 p. 331 concl. Henry, D. 1962 p. 664 concl. Henry, A.J.D.A. 1962 p. 548 chr. Galabert et Gentot : décret réglementaire modifiant le statut de l'administrateur de la Comédie-Française pour que puissent être prises par le Gouvernement des mesures identiques à celles annulées auparavant par le Conseil d'Etat ; C.E. 15 juillet 1960, Commune de Bascons, Rec. Tables p. 891 : suppression d'emploi de secrétaire de mairie pour se prémunir contre l'annulation de la révocation de l'ancien titulaire du poste (on remarquera, dans cette espèce, que la seule intention de méconnaître dans l'avenir l'autorité de la chose jugée suffit pour que soit établi le détournement de pouvoir) ; de même : C.E. 15 juillet 1964, Dame Michel, Rec. p. 403 : réorganisation du service tendant en réalité à éviter les conséquences de l'annulation d'une mutation ; C.E. 30 avril 1965, Katz, Rec. p. 255.

§ 2. Si l'acte est entaché de détournement de pouvoir lorsqu'il est étranger à tout intérêt public, il peut l'être également lorsque son auteur poursuit une fin d'intérêt public étrangère au maintien de l'ordre public. Ainsi en est-il quand l'intérêt public n'est pas un intérêt de police, mais par exemple un intérêt financier (8), ou même lorsque l'intérêt public poursuivi n'était pas compris dans la définition de l'ordre public (9). Le contrôle exercé par le juge s'adaptera alors à la notion d'ordre public, celle-ci étant susceptible de varier selon les époques : ainsi, de nos jours, semble se préciser l'existence d'un service public culturel, ce qui serait un premier pas vers la reconnaissance d'un ordre public esthétique, au sens large (10) ; le Conseil d'Etat relève dans l'arrêt « Dauphin » que l'allée des Alyscamps, propriété de la ville d'Arles, « est affectée à un service public de caractère culturel et touristique ».

§ 3. Il faut signaler enfin cet aspect particulier du détournement de pouvoir que constitue le détournement de procédure, l'Administration utilisant une procédure dans un but autre que celui pour lequel elle a été instituée. On en a vu ci-dessus une illustration typique avec l'affaire « Société Frampar » (11), dans laquelle un préfet avait eu recours à la procédure judiciaire de l'article 30 Code proc. pén. à la place de la procédure administrative en vue d'éviter le contrôle du juge administratif. De même, un maire ne peut utiliser ses pouvoirs de police pour assurer l'exécution d'un contrat (12).

Les atteintes aux libertés sont donc des hypothèses dans lesquelles le juge administratif reconnaît l'existence de détournements de pouvoir commis par les autorités administratives, ce qui mérite d'être noté si l'on songe que l'admission de ce cas d'ouverture dans le recours pour excès de pouvoir est assez rare (d'après le recueil Lebon, un exemple en 1964, deux en 1963, trois en 1962, quatre en

(8) C.E. 8 juillet 1955, Caisse de compensation pour la décentralisation de l'industrie aéronautique, Rec. p. 398, D. 1955 p. 597 concl. Chardeau, A.J.D.A. 1955.II.bis p. 18, chr. Long : refus d'approbation du budget d'un établissement public dans le but de provoquer sa liquidation ; C.E. 1^{er} juillet 1955, Société du Cirque Pinder, Rec. p. 382 : refus d'autoriser un cirque à donner son spectacle dans le but de favoriser la foire annuelle de la ville.

(9) C.E. 26 juillet 1947, Durand, Rec. Tables p. 523 : refus d'autorisation d'ouverture d'un hôtel meublé dans le but de faciliter le contrôle de la prostitution.

(10) Voir C.E. 11 mai 1959, Dauphin, Rec. p. 294 ; S. 1959 p. 117, concl. Mayras ; D. 1959 p. 314, concl. Mayras ; J.C.P. 1959.II.11269, note de Lanversin ; A.J.D.A. 1959.II, p. 113, chr. Combarrous et Galabert, et p. 228 note Dufau.

(11) C.E. 24 juin 1960, précité.

(12) C.E. 8 juin 1962, Dibon, Rec. p. 380.

1961, deux en 1960). Mais, les pouvoirs de police n'existant qu'en fonction d'un but bien déterminé, il est normal que le juge contrôle si ce but était effectivement poursuivi par l'autorité qui a pris la mesure, car le but est alors un élément de la légalité. Cela implique que le juge interprète la règle de droit attribuant compétence aux autorités de police et, au cas de silence de la loi, dise lui-même quel est le but en vue duquel le pouvoir leur a été conféré.

Cependant, la difficulté de déterminer le but véritable recherché par l'auteur de l'acte, autant que la très grande efficacité de ce moyen ont conduit le juge à une certaine prudence dans l'admission du détournement de pouvoir (certains parlent même d'une « certaine répugnance à l'admettre ou à l'utiliser » (13). Aussi bien la véritable originalité du contrôle juridictionnel ne se trouve-t-elle pas sur ce terrain, mais sur celui, plus sûr juridiquement, de la *violation de la règle de droit*. Le juge se livre alors à un contrôle approfondi des motifs de l'acte, c'est-à-dire des éléments de droit ou de fait, antérieurs et extérieurs à l'acte, qui ont conduit son auteur à l'accomplir.

Section II

LE CONTROLE DES MOTIFS

Sur le plan juridique, la complexité du problème de la protection des libertés publiques, par la sanction des actes qui leur portent atteinte, se manifeste dans une double hiérarchie de règles ou de principes. Du côté des autorités administratives, hiérarchie de leurs actes en fonction de leurs pouvoirs : actes pour lesquels elles ont compétence liée, actes pour lesquels leur pouvoir est limité par la loi, au sens large, actes pour lesquels elles jouissent d'un pouvoir discrétionnaire (14). D'autre part, en matière de libertés publiques, la liberté étant la règle et la limitation l'exception, les motifs d'un acte qui leur portent atteinte sont toujours des faits objectifs, car c'est en fonction des circonstances et du

(13) Cf. commentaire de l'arrêt du C.E. 26 novembre 1875, Pariset, in G.A.J.A. p. 24.

(14) Cf. LETOURNEUR : « L'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir », E.D.C.E. 1962 p. 51, et « L'évolution récente de la jurisprudence administrative pour la protection des droits des citoyens », R.I.S.A. 1965 n° 1 p. 25.

trouble apporté à l'ordre public que la mesure doit être prise. Du côté du juge existera ainsi une hiérarchie dans le contrôle correspondant aux pouvoirs reconnus aux autorités administratives : pas de contrôle des motifs de fait, contrôle de l'existence matérielle des faits, qualification des faits, appréciation des faits (ou contrôle maximum, car il implique une appréciation de l'opportunité des mesures prises).

La profondeur du contrôle juridictionnel, et donc l'étendue de la protection des libertés, résulte à la fois de sa *portée* (Par. 1) et de ses *modalités techniques* (Par. 2).

Par. 1. - La portée du contrôle.

On a vu que l'objet du contrôle juridictionnel était en lui-même une garantie pour les libertés, en ce sens que le juge entend soumettre à son contrôle le plus grand nombre possible d'actes accomplis en violation des libertés. Mais il ne suffit pas que ces actes soient soumis au contrôle juridictionnel ; encore faut-il que les atteintes aux libertés soient effectivement sanctionnées. Pour cela le juge administratif s'est employé à étendre la notion de légalité et à restreindre le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives.

A) EXTENSION DE LA NOTION DE LÉGALITÉ.

Ainsi qu'il a été dit plus haut, le juge interprète dans un sens extensif les textes ou règles favorables aux libertés, et dans un sens restrictif ceux qui leur portent atteinte. Or, la notion de légalité est ici bénéfique pour les libertés, puisque sa violation est le moyen principal qui permet au juge administratif de sanctionner des actes ou mesures irréguliers. Voilà pourquoi le Conseil d'Etat entend de plus en plus largement l'expression « violation de la loi », que l'on pourrait énoncer aujourd'hui sous la forme de « violation de la règle de droit ». Non seulement il interprète extensivement les textes eux-mêmes, mais encore il admet, à côté de ceux-ci, l'existence de principes généraux non écrits, auxquels il fait appel précisément pour sauvegarder les droits individuels des citoyens.

Dès lors, le paradoxe que constitue l'appel aux principes généraux du droit dans l'exercice, par le juge, du contrôle des motifs, s'explique plus aisément. Certes, a priori, on distingue mal le lien nécessaire entre les circonstances de fait qui ont inspiré la mesure administrative et la référence faite par le juge aux principes généraux du droit. Mais il ne faut pas oublier que le juge administratif

exerce son contrôle par référence à la règle de droit. Si celle-ci a un champ d'application plus étendu, le contrôle sera lui-même plus large et plus poussé. C'est précisément le cas des principes généraux du droit qui, s'ajoutant à la loi écrite, constituent une sorte de superlégalité et permettent au juge d'exercer un contrôle, même sans texte. L'extension de la notion de légalité entraîne une extension de la protection des libertés, car s'ajoute ici, l'idée qu'en matière de libertés publiques, l'examen du fait est nécessaire puisqu'il conditionne celui de la légalité (cf. *infra*). De par la causalité qui existe entre le fait et le droit, l'opportunité s'identifie à la légalité, car l'inexistence des motifs équivaut au manque de base légale, et l'illégalité est inhérente à l'inopportunité. Plus la notion de légalité est élargie, plus l'examen du fait pourra être poussé. L'extension de la notion de légalité résulte donc tout à la fois de la notion d'opportunité et du recours aux principes généraux du droit.

La théorie des principes généraux du droit est aujourd'hui une des plus classiques du droit administratif (15). Dans une synthèse d'une remarquable concision, M. le Conseiller d'Etat Letourneur a retracé récemment l'évolution par laquelle le Conseil d'Etat leur avait trouvé une base de plus en plus solide (16).

M. Letourneur distingue quatre phases dans cette évolution. D'abord considérés comme exprimant la volonté présumée du législateur, celui-ci estimant inutile de les traduire dans des textes positifs, devant l'évidence de leur existence, les principes généraux sont ensuite rattachés plus précisément au Préambule de la Constitution de 1946, qui réaffirme les principes de la Déclaration de 1789 : sans leur reconnaître valeur constitutionnelle ou législative, le juge se sent moralement obligé d'en tenir compte. Dans une troisième phase, le Conseil d'Etat reconnaît valeur positive de loi ordinaire au Préambule de la Constitution de 1946 (auquel renvoie le Préambule de la Constitution de 1958) ainsi qu'aux prin-

(15) Voir : WALINE : « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », *Mél. Scelle* 1950, T. II, pp. 613 et s. ; RIVERO : « Le juge administratif, un juge qui gouverne ? », *D.* 1951, chr. p. 21 ; LETOURNEUR : « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *E.D.C.E.* 1951 p. 19 ; LETOURNEUR : *Concl.* sous C.E. 9 mars 1951, *Société des Concerts du Conservatoire*, *D.S.* 1951 p. 368 ; B. JEANNEAU : « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative », *Thèse* 1954 ; HAMSON : « Pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel de l'administration », 1958, pp. 179 et s. ; AUBY et DRAGO : « *Traité* », T. III, p. 16 n^{os} 1145 et s.

(16) « L'évolution récente de la jurisprudence administrative pour la protection des droits des citoyens », *R.I.S.A.* 1965 n^o 1 p. 25.

cipes énoncés dans la Déclaration des Droits de 1789 (17). Enfin, dans un dernier stade, une certaine valeur constitutionnelle est reconnue aux principes généraux du droit, en ce sens que, sous la Constitution de la V^{me} République, le Gouvernement est tenu de les respecter, même lorsqu'il agit dans le cadre de son pouvoir réglementaire autonome, sans être soumis à la loi (18).

En pratique, la théorie des principes généraux du droit joue un rôle capital et irremplaçable dans la protection des libertés, non seulement en raison de son contenu, mais surtout parce qu'elle permet au juge de concrétiser sa démarche intellectuelle favorable aux libertés, en lui donnant la possibilité, même en l'absence de texte, de faire prévaloir la liberté sur les limitations. A travers elle, le Conseil d'Etat peut, en dehors de tout écrit, définir les éléments d'une « éthique » (19). A cet égard, la formule « la liberté est la règle et la restriction l'exception » apparaît comme le principe des principes (« princeps principorum » pourrait-on dire), car toutes les libertés, en l'absence de texte spécial, sont protégées sur la base des principes généraux du droit :

- *Liberté d'aller et venir* : C.E. 17 octobre 1952, Syndicat climatique de Briançon, Rec. p. 445, concl. Chardeau, R.A. 1952 p. 591, note Liet-Veaux.
- *Inviolabilité du domicile* : C.E. 17 décembre 1948, Azoulay Rec. p. 474.
- *Respect du droit de propriété* : C.E. 7 mai 1926 Sourisse Rec. p. 461, S. 1926.3.41 ; C.E. 27 avril 1945 Rec. p. 85 Briffard.
- *Liberté d'opinion* : C.E. 3 mai 1950 D^{11e} Jamet Rec. p. 247 ; C.E. 28 mai 1954 Barel (Rec. p. 308 concl. Letourneur, S. 1954.3.97 note Mathiot, D. 1954.594 note Morange, R.D.P. 1954 p. 509 concl. Letourneur note Waline, R.P.D.A. 1954 p. 149 concl.

(17) C.E. 7 février 1958, Syndicat des propriétaires de forêts de chênes-liège d'Algérie, Rec. p. 74, A.J.D.A. 1958.II. p. 130 concl. Grévisse ; C.E. 19 février 1960, Fédération algérienne des syndicats de défense des irrigants, Rec. pp. 129 et 130.

(18) Voir l'évolution retracée précédemment ; C.E. 26 juin 1959, Syndicat général des ingénieurs-conseils ; C.E. 28 octobre 1960, De Laboulaye ; C.E. 27 janvier 1961, Daunizeau ; C.E. 13 juillet 1962, Conseil national de l'Ordre des Médecins ; C.E. 24 novembre 1961, Fédération nationale des syndicats de police ; C.E. 19 octobre 1962, Canal ; arrêts tous précités ; voir également : BRAIBANT : « L'arrêt "Syndicat général des ingénieurs-conseils" et les principes généraux du droit », in E.D.C.E. 1962 p. 67.

(19) Cf. RIVERO : « Le juge administratif, un juge qui gouverne ? », D. 1951, chr. p. 21.

- Letourneur, note Eisenmann, A.J.D.A. 1954.II.396 note Long ; R.A. 1954 p. 393 concl. Letourneur, note Liet-Veaux).
- *Liberté de conscience* : C.E. 1^{er} avril 1949 Chaveneau Rec. p. 161 S. 1949.3.49 note Delpech, D. 1949 p. 531 concl. Gazier note Rolland.
 - *Liberté de réunion*.
 - *Liberté d'association*.
 - *Liberté des cultes*.
 - *Liberté de l'enseignement*.
 - *Droit de grève dans les services publics* : C.E. 7 juillet 1950 Dehaene Rec. p. 426, G.A.J.A. n° 85 p. 328 (20).
 - principe selon lequel *seule la loi peut imposer des restrictions* aux libertés fondamentales des citoyens (C.E. Azoulay 17 déc. 1948 Rec. p. 474 ; C.E. 23 nov. 1949 Meyer Rec. p. 502).
 - *Liberté d'accès à la Fonction publique* : C.E. 28 mai 1954 Barel précité ; C.E. 21 déc. 1960 : Premier Ministre c/Vicat-Blanc D. 1961 p. 421 note Chapus, A.J.D.A. 1961 p. 167 note V.S.
 - *Protection des libertés essentielles du citoyen* contre les prétentions du groupe : C.E. 29 juillet 1950 Comité de Défense des libertés professionnelles des experts-comptables brevetés par l'Etat (Rec. p. 492 R.D.P. 1951 p. 212 concl. Odent, note Waline, D.S. 1950 p. 391 note Rivero, R.A. 1950 p. 471 note Liet-Veaux).
 - *Respect des droits de la défense* : C.E. 5 mai 1944 Dame Trompier-Gravier Rec. p. 133, p. 110 concl. Chenot, note de Soto, R.D.P. 1944 p. 256 concl. Chenot note Jèze ; S. 1945.3.14 ; C.E. 8 nov. 1963, 2 espèces : Ministre de l'Agriculture c/Lacour et Ministre de l'Agriculture c/Coopérative d'insémination artificielle de la Vienne, Rec. p. 532 ; A.J.D.A. 1964 p. 28 Chr.

(20) Jurisprudence très nombreuse et constante : voir M. DRAN : « L'évolution contemporaine du droit de grève dans la Fonction publique en France et à l'étranger », Mémoire D.E.S. Montpellier 1963. Voir également : BELORGEY : « Le droit de grève et les services publics », Berger-Levrault 1964 ; application récente de la jurisprudence « Dehaene » : C.E. Ass. 23 octobre 1964, Fédération des syndicats chrétiens de cheminots, Rec. p. 484, R.D.P. 1964 p. 1210 concl. Bertrand, A.J.D.A. 1964 p. 682 chr. M^{me} Puybasset - M. Puissochet, J.C.P. 1965.II.14271 note Belorgey ; C.E. 16 décembre 1966, Syndicat national des fonctionnaires et agents des préfectures et sous-préfectures de France et d'Outre-Mer C.G.T.-F.O., D.A. 1967 n° 26 ; C.E. 4 février 1966, 2^e espèce, D. 1966 p. 720 note Gilli, D.S. 1966 p. 565 note Courvoisier.

Fourré et MM^e Puybasset ; C.E. 14 avril 1964, Société anonyme coopérative d'habitation à bon marché de Vichy-Cussey-Belle-rive Rec. p. 244.

- *Droit aux recours juridictionnels* : C.E. 17 février 1950 Ministre de l'Agriculture c/Dame Lamotte Rec. p. 110, R.D.P. 1951 p. 478 concl. Delvolvé note Waline ; C.E. 19 octobre 1962 Canal Robin et Godot Rec. p. 552 précité.
- *Liberté du commerce et de l'industrie* : parmi une très nombreuse jurisprudence, on peut relever que, sous la Constitution de 1958, la liberté du commerce et de l'industrie fait partie des libertés publiques placées par l'article 34 dans le domaine législatif (C.E. 28 oct. 1960 de Laboulaye Rec. p. 570, A.J.D.A. 1961 p. 20 concl. Heumann, D.E. 1961 p. 141 concl. Heumann, note Teitgen) et que « le Gouvernement ne peut porter atteinte au « libre accès à l'exercice par les citoyens de toute activité professionnelle n'ayant fait l'objet d'aucune limitation légale » (C.E. 22 juin 1963, Syndicat du personnel soignant de la Gadeloupe Rec. p. 386, A.J.D.A. 1963 p. 460 Chr. Gentot et Fourré) cf. également C.E. 19 février 1964 Société « Maison Yvonne » Rec. p. 822 tables, A.J.D.A. 1964 p. 501 note Moreau.
- *Liberté dans l'égalité* : dans la mesure où les individus remplissant les mêmes conditions peuvent prétendre aux mêmes droits et libertés, la rupture du principe d'égalité constitue, pour ceux qui en sont victimes, une atteinte à leurs libertés, parce que leur situation particulière aurait été améliorée, sans cette discrimination. Traditionnellement, les Français attachent grand prix au principe d'égalité : liberté parfois illusoire, mais qui satisfait toujours l'amour-propre. D'ailleurs, la plupart du temps, le principe d'égalité est étroitement lié à celui de liberté.

La jurisprudence affirme ainsi :

- le principe d'égalité des citoyens devant la loi (C.E. 28 oct. 1960, Syndicat national des médecins biologistes français, Rec. p. 572 ; C.E. 8 juin 1962 Gibaut Rec. p. 381 ; C.E. 19 février 1964 Société « Maison Yvonne » Rec. p. 822 Tables ; A.J.D.A. 1964 p. 501, note Moreau).
- le principe d'égalité des usagers du service public (C.E. 7 août 1959, Jacquin p. 492 ; C.E. Ass. 5 mai 1961, Ville de Lyon, Rec. p. 294, outre l'arrêt de principe du 9 mars 1951 « Société des Concerts du Conservatoire » consacrant « le principe d'égalité qui régit le fonctionnement des services pu-

blics » (Rec. p. 151, S. 1951.3.81 note C.H. ; D.S. 1951 p. 368 concl. Letourneur, note Rivero) et celui du 25 juin 1948 « Société du journal l'Aurore » (Rec. p. 289, S. 1948.3.69 concl. Letourneur D. 1948 p. 437 note Waline, J.C.P. 1948. II.4427 note Mestre, G.P. 1948.2.7 concl. Letourneur) qui affirme « le principe d'égalité entre les usagers du service public »).

- le principe de l'égalité des citoyens devant les charges publiques : la jurisprudence est constante sur ce point, depuis les arrêts classiques (21) jusqu'aux décisions contemporaines (22). On peut ajouter à ce principe celui de l'égalité d'accès aux emplois et fonctions publics, soit par l'égalité entre les sexes (23), soit par l'égalité des candidats à un concours (24), ou à un grade universitaire (25).

Il existe, certes, d'autres principes généraux de droit (voir les articles et ouvrages précédemment cités), mais ceux mentionnés ci-dessus concernent directement la protection des libertés publiques ; ce sont d'ailleurs en pratique, les plus importants. Ils permettent au juge de consacrer les principes de liberté et d'égalité, et d'étendre considérablement la notion de légalité, qui fonde la garantie juridictionnelle des libertés. Une telle extension confirme, une fois encore, le rôle dynamique et positif joué par le juge dans la protection des individus. Mais ce n'est pas seulement dans l'extension du contenu de la notion de légalité, c'est-à-dire dans le fondement du contrôle que se traduit la garantie juridictionnelle des libertés,

(21) C.E. 30 novembre 1923, Couitéas, Rec. p. 789, S. 1923.3.57 note Hauriou, concl. Rivet, D. 1923.3.59 concl. Rivet, R.D.P. 1924 pp. 75 et 208 concl. Rivet, notes Jèze ; C.E. 4 février 1944, Guieysse, Rec. p. 45, R.D.P. 1944 p. 158 concl. Chenot, note Jèze.

(22) C.E. 21 février 1958, Société nouvelle des établissements Gaumont, Rec. p. 124, S. 1958 p. 281 concl. Jouvin : égalité devant l'impôt ; C.E. Ass. 30 octobre 1959, Chambre syndicale nationale des entreprises industrielles de la boulangerie, Rec. p. 561 ; C.E. 28 octobre 1960, De Laboulaye, précité ; C.E. Ass. 4 novembre 1960, Syndicat du personnel de l'Assemblée de l'Union française, précité, Rec. p. 596.

(23) C.E. 11 mars 1960, Ville de Strasbourg, Rec. p. 194 ; C.E. Ass. 22 avril 1960, Dame Legrand, Rec. p. 261 ; C.E. 14 juin 1962, Syndicat chrétien de l'administration pénitentiaire, Rec. p. 365.

(24) C.E. 28 mai 1954, Barel, précité ; C.E. 19 octobre 1960, Beaufort, Rec. p. 545 concl. Braibant ; C.E. 21 décembre 1960, Premier Ministre c/ Vicat-Blanc, D. 1961 p. 421 note Chapus, A.J.D.A. 1961 p. 167 note V. S. ; C.E. 13 juillet 1961, Cazes, Rec. p. 517, etc.

(25) C.E. 28 septembre 1962, Jourde et Malleville, Rec. p. 508 ; S. 1963 p. 27 concl. Braibant ; D. 1963 p. 62 concl. Braibant ; A.J.D.A. 1962 p. 547, chr. Galabert et Gentot.

c'est aussi et surtout dans l'étendue et en quelque sorte, la profondeur même du contrôle exercé par le juge sur les actes des autorités administratives portant atteinte aux libertés.

B) RESTRICTION DES POUVOIRS DES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES.

Lorsqu'un acte administratif porte atteinte aux libertés, le juge, d'une manière générale, exerce un contrôle plus approfondi que s'il s'agissait d'un acte administratif ordinaire. Quand l'autorité administrative prend une mesure limitant l'exercice d'une liberté, elle ne dispose jamais de pouvoir discrétionnaire, même lorsque la loi ne paraît pas avoir lié sa compétence. En ce cas, c'est le juge qui crée des cas de compétence liée, même dans une matière traditionnellement considérée comme soumise au pouvoir discrétionnaire. Ainsi, jusqu'en 1959, doctrine et jurisprudence affirmaient, d'un commun accord, qu'aucune obligation légale d'édicter des règlements de police n'existait à la charge du maire (26). La majorité des auteurs expliquaient que l'élaboration d'un règlement était une question d'opportunité échappant au contrôle du juge (27).

Pourtant, dans un arrêt du 23 octobre 1959 « Doublet » (28), le Conseil d'Etat a affirmé que le refus opposé par un maire à une demande tendant à ce qu'il fit usage de ses pouvoirs de police était entaché d'illégalité « dans le cas où à raison de la gravité du péril résultant d'une situation particulièrement dangereuse pour le bon ordre, la sécurité ou la salubrité publique, cette autorité, en n'ordonnant pas les mesures indispensables pour faire cesser ce péril grave, méconnaît ses obligations légales ». Lorsque l'ordre public est menacé d'une manière grave, un maire est donc obligé de prendre les mesures qui s'imposent et de faire usage de ses pouvoirs de police, bien que la loi de 1884 ne mentionne pas une telle obligation (cf. infra).

Cet exemple, limité certes aux pouvoirs exercés par une autorité locale, est cependant une illustration de création jurisprudentielle de compétence liée. Pour déterminer les cas de compétence

(26) C.E. 6 juillet 1894, Commune de Faquières, Rec. p. 462, S. 1896.3.106 ; C.E. 12 janvier 1912, Lombard, Rec. p. 61 : le refus d'élaborer un règlement est « insusceptible de recours par la voie contentieuse ».

(27) Cf. MONTANÉ DE LA ROQUE : « L'inertie des pouvoirs publics », Thèse Toulouse 1950, p. 137 ; P.-H. TEITGEN : « La police municipale », Thèse Nancy 1934, p. 501.

(28) Rec. p. 540, D. 1960 p. 191 note Lavroff.

liée, le juge adopte, ici encore, une méthode d'interprétation favorable à la protection des individus. L'hypothèse de départ est celle où la volonté du législateur est peu claire et mal exprimée, et où l'on ne peut a priori déterminer s'il y a ou non compétence liée. C'est au juge qu'il appartient alors de lever le doute. Pour cela, comme l'a montré M. Letourneur (29), il n'applique pas de règle préétablie faisant un principe de la compétence liée, et du pouvoir discrétionnaire l'exception, ou inversement, mais dans chaque cas « pèse les avantages et les inconvénients que présentent respectivement le pouvoir discrétionnaire et la compétence liée, et pour l'Administration, et pour l'administré » (30). Puis dans un deuxième temps, il recherche, dans la matière envisagée, quel est « l'intérêt primordial » : celui de l'Administration ou celui de l'administré. En matière d'atteinte aux libertés, l'intérêt primordial est, sans conteste, celui de l'administré. Aussi le juge admet-il largement la compétence liée lorsque le pouvoir est conféré à l'autorité administrative pour protéger les libertés. C'est ainsi qu'il utilise la compétence liée pour lutter contre la carence de l'autorité administrative. En utilisant son pouvoir, celle-ci aurait sauvegardé l'exercice d'un droit ou d'une liberté : le juge en conclut qu'elle avait l'obligation d'agir (31). Par contre, lorsque le pouvoir de l'autorité administrative, s'exerce dans un sens restrictif des droits et libertés, le juge tend, en cas de doute, à dénier l'existence d'une compétence liée (C.E. 18 avril 1958 Guern (32) : un ministre n'est pas tenu d'opposer la déchéance quadriennale pour le paiement des dettes publiques ; il dispose du pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité de la mettre en œuvre).

De tels exemples illustrent la volonté du juge d'aller le plus loin possible dans le contrôle, par la limitation des cas de contrôle réduit et l'augmentation des cas de contrôle approfondi, allant jusqu'à l'appréciation de l'opportunité de la décision ou du refus de prendre la décision.

1. *Contrôle minimum.*

Tous les actes des autorités administratives sont soumis à un *contrôle minimum* qui porte, outre la compétence de l'auteur

(29) « L'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir », E.D.C.E. 1962 p. 51.

(30) p. 55.

(31) C.E. 23 octobre 1959, Doublet, précité ; C.E. 5 novembre 1958, Châtel, Rec. p. 593 ; C.E. 24 janvier 1962, Ministre de l'Information c/ Société Radio-Filtrex, Rec. p. 54.

(32) Rec. p. 213.

de l'acte, la régularité de la procédure suivie et le détournement de pouvoir, sur l'existence matérielle des faits qui ont conduit l'Administration à agir. C'est dire « qu'il n'y a pas d'actes discrétionnaires, mais des actes à pouvoir discrétionnaire » (33). En pratique, le contrôle dépasse la constatation de la pure existence ou non existence du fait (34) : le juge recherche si l'appréciation ou l'interprétation de ce fait a été correcte.

Parfois il peut se borner à contrôler si le motif de fait entre ou non dans le champ d'application de la loi qui prévoit l'intervention de l'autorité administrative. C'était le cas en matière de mesures de police exceptionnelles prévues par des textes spéciaux : éloignement, assignation à résidence, internement, réglementés par l'ordonnance du 4 octobre 1944, la loi du 3 avril 1955 et celle du 16 mars 1956. Mais depuis 1959, le Conseil d'Etat va plus loin, et, par application des règles relatives à la preuve (cf. *infra*), il a étendu le contrôle minimum de l'existence matérielle des faits au contentieux des assignations à résidence et internements administratifs (35). Des applications récentes de cette jurisprudence montrent qu'elle est désormais bien établie : C.E. 13 juillet 1965 *Magne de la Croix* ; C.E. 22 avril 1966 *Ministre de l'Intérieur c/Mony* (36).

Enfin, le contrôle s'est encore approfondi par le recours à la notion « d'erreur manifeste » qui permet au juge de discuter une mesure qui normalement, relève du pouvoir discrétionnaire (37). C'est sur ce point, le dernier développement en date de l'extension du contrôle juridictionnel sur les actes des autorités administratives. En relevant « l'erreur manifeste d'appréciation » commise par l'Administration, le juge limite du même coup l'étendue de la discrétionnarité du pouvoir de l'autorité administrative, en se plaçant sur un plan à la fois objectif, en ce qui concerne les faits, et subjectif, en ce qui regarde leur appréciation (38).

Lorsqu'un acte portant atteinte à une liberté est fondé sur des faits matériellement inexacts, il est toujours annulé. Sur ce point,

(33) LETOURNEUR, *loc. cit.*, E.D.C.E. 1962 p. 56.

(34) Cf. LETOURNEUR : « L'apparition de nouveaux éléments subjectifs dans le recours pour excès de pouvoir », E.D.C.E. 1953 p. 66.

(35) C.E. 30 janvier 1959, *Grange*, Rec. p. 85, concl. Chardeau ; A.J.D.A. 1959.2.23, chr. Combarous et Galabert.

(36) *précités*.

(37) Voir B. KORNPROBST : « L'erreur manifeste », D. 1965, chr. p. 121.

(38) Par exemple : C.E. 9 mai 1962, *Commune de Montfermeil*, Rec. p. 304 ; C.E. 27 janvier 1965, *Fouillade*, Rec. Tables p. 1027.

il ne saurait y avoir de difficulté, car ce qui est valable pour l'ensemble des actes administratifs l'est « a fortiori » lorsqu'une liberté publique est en cause (39).

Rares sont les cas, en matière d'atteinte aux libertés, où le juge se refuse à dépasser le contrôle de l'exactitude matérielle des faits (40). Il s'agit essentiellement de mesures de police concernant les étrangers : restrictions aux libertés d'aller et venir, de résidence, d'association, de la presse, du commerce et de l'industrie ; il en est de même pour les refus de délivrance de passeport aux nationaux français (41). Le juge adopte la même solution, pour une raison pratique, lorsque les problèmes qu'il doit résoudre sont d'une telle technicité qu'il serait obligé de faire appel à des experts et de suivre leur avis. Pour gagner du temps, et par souci de probité intellectuelle, le juge préfère alors renoncer à exercer un contrôle qui ne serait qu'une apparence ou une illusion, dans la mesure où il se bornerait à entériner la décision des experts. Ainsi en est-il en matière de police de la Santé Publique, à propos du refus de visa d'une spécialité pharmaceutique (42), ou en ce qui concerne l'appréciation de la qualité d'une pièce refusée par le comité de lecture de la Comédie Française (43).

Il en va de même, enfin, lorsque le législateur ou l'autorité réglementaire n'a mis aucune condition à l'intervention de l'autorité administrative et entend lui laisser une compétence entièrement discrétionnaire (retrait d'habilitation d'une école d'enseignement supérieur privé à recevoir des boursiers (44) ; licenciement de délégués du personnel ou de membres de comités d'entreprise (45) ; accès à la fonction publique (46).

(39) C.E. 18 mai 1923, Congrégation de la doctrine chrétienne de Nancy, Rec. p. 420 : suppression d'un établissement congréganiste au motif qu'il aurait « depuis longtemps disparu » alors qu'il continuait son activité ; C.E. Devisme, 2 décembre 1960, Rec. p. 1033 Tables : sanction prise à l'encontre d'un agent public pour participation à une grève extra-professionnelle alors que le caractère extra-professionnel de cette grève n'était pas établi.

(40) Cf. AUBY et DRAGO : « Traité », III, n° 1186 p. 69.

(41) C.E. 14 mai 1948, Imbach, Rec. p. 215, D. 1949 p. 296 note J. G.

(42) C.E. 22 février 1952, Société des laboratoires Contan, Rec. p. 133 ; C.E. 16 mars 1955, Laboratoires Sareins, Rec. Tables p. 807.

(43) C.E. 19 janvier 1954, Palaprat, Rec. p. 118 ; R.D.P. 1954 p. 1072 note Waline.

(44) C.E. 29 juin 1960, Ministre de l'Education nationale c/ Ecole de chirurgie dentaire et de stomatologie, Rec. p. 425.

(45) C.E. 30 juin 1950, Queralt, Rec. p. 416, D.S. 1951 p. 246 concl. Delvolvé.

(46) C.E. 28 mai 1954, Barel, précité, Rec. p. 308.

2. La plupart du temps, le juge va au-delà du contrôle de l'exactitude matérielle des faits, et recherche si ceux-ci étaient de nature à justifier légalement l'intervention de l'autorité administrative : *il contrôle la qualification juridique des faits*. Or la loi, et principalement la loi du 5 avril 1884, n'autorise les autorités administratives à porter atteinte aux libertés que pour maintenir ou rétablir l'ordre public. Le juge recherchera donc si les faits, c'est-à-dire par définition l'exercice de la liberté, constituaient un trouble ou une menace de trouble pour l'ordre public.

Le problème n'est pas résolu pour autant puisque l'ordre public n'est pas défini, ni déterminés les cas dans lesquels il est menacé. C'est au juge qu'il appartient de dire quels sont les troubles ou les menaces de troubles qui justifient l'intervention des autorités de police par voie réglementaire ou individuelle. Il définit ainsi le contenu abstrait de la loi, en appréciant les circonstances de fait et en se prononçant ensuite sur l'existence juridique des motifs de l'acte, puisque la légalité dépend des circonstances de fait dans lesquelles la mesure de police a été prise. La jurisprudence est classique, depuis l'arrêt « Abbé Olivier » du 19 février 1909 (47) ; le Conseil d'Etat se livre à cette recherche chaque fois qu'une liberté a fait l'objet d'une violation :

— *liberté religieuse*, particulièrement en matière de manifestations extérieures du culte : (C.E. 19 février 1909, abbé Olivier précité ; C.E. 1^{er} mai 1914, abbé Didier, Rec. p. 515 ; C.E. 2 mars 1934, Prothée, Rec. p. 1235, 3 déc. 1954 Rastouil, Rec. p. 639 ; A.J.D.A. 1955.II bis 1 chr. Long).

— *liberté du domicile* : C.E. 19 déc. 1928 Moïse Rec. p. 1231 (voir également droit de propriété).

— *liberté de réunion* : participation de mineurs à des danses publiques (C.E. 6 août 1941 Burgaturu, D.H. 1942 p. 24) ; manifestation à caractère politique et social (C.E. 19 février 1954 Union des syndicats ouvriers de la région parisienne C.G.T. Rec. p. 113).

— *liberté de la presse* : l'exposition et la vente de périodiques dont le contenu présente un caractère licencieux ou pornographique peuvent être interdits aux mineurs de 18 ans par le Ministre de l'Intérieur. Ici, le contrôle de la qualification des mesures d'interdiction se confond en quelque sorte avec celui de l'exactitude des faits, dans la mesure où l'existence juridique des motifs (c'est-à-

(47) Rec. p. 181 ; S. 1909.3.34, concl. Chardenet ; D. 1910.3.121, concl. Chardenet ; R.D.P. 1910 p. 69, note Jèze.

dire le caractère licencieux ou pornographique des publications) est unie à leur existence matérielle (c'est-à-dire la présence des textes incriminés) (48). Par ailleurs, est annulée l'interdiction fondée non sur le caractère licencieux ou pornographique de la publication, mais sur un autre motif, par exemple « la circonstance que l'atmosphère générale du livre, son absence de moralité, l'indigence et la vulgarité de son style font que sa lecture ne saurait être que déconseillée à la jeunesse » (49).

Enfin, récemment, le Conseil d'Etat a étendu le contrôle de la qualification juridique des motifs de fait aux saisies de journaux opérées sur la base des décisions prises en vertu de l'article 16 (50).

— *droit de propriété immobilière* (51).

— *liberté d'aller et venir et liberté du commerce et de l'industrie* (52).

Le contrôle de la qualification juridique des faits n'implique pas que le juge se prononce sur la gravité des faits allégués comme motifs de la décision et, en appréciant leur degré d'importance, porte un jugement de valeur sur les moyens utilisés par l'autorité administrative. Le juge ne contrôle pas l'opportunité des décisions administratives et se refuse à apprécier l'importance de la mesure par rapport aux faits l'ayant motivée, car il sortirait de sa fonction pour se substituer à l'administration active.

3. Pourtant, en certaines hypothèses d'atteintes aux libertés publiques, le juge apprécie le degré de gravité des mesures prises, au regard des circonstances de fait les ayant déterminées. Il recherche alors s'il y avait proportionnalité entre les motifs et l'objet de l'acte, et exerce un véritable *contrôle de l'opportunité* des décisions. Ce contrôle, le plus poussé qui soit, porte sur les mesures prises par les autorités municipales dans le cadre de leur pouvoir de police, et vise à assurer la protection la plus efficace des libertés considérées comme essentielles, c'est-à-dire, pratiquement, celles

(48) C.E. 5 décembre 1956, Thibault, Rec. p. 463, D. 1957 p. 20, concl. Mosset.

(49) C.E. 3 janvier 1958, Société « Les Editions du Fleuve Noir », Rec. p. 5 ; D. 1958 p. 570, note Rouyer-Hameray ; J.C.P. 1959.II.10913, note Mimin.

(50) C.E. 22 avril 1966, Société Union africaine de presse, J.C.P. 1966.II.14805, concl. Galmot, note Drago.

(51) C.E. 19 décembre 1928, Moïse, précité, Rec. p. 1231 ; C.E. 25 mai 1954, Dacquignies, Rec. p. 303.

(52) C.E. 17 octobre 1952, Syndicat climatique de Briançon, Rec. p. 445, concl. Chardeau ; R.A. 1952 p. 591, note Liet-Veaux.

qui sont reconnues par le législateur, celles qui sont proclamées, nommées, définies. L'opportunité de la mesure est en effet une condition de sa légalité, si l'on considère que la liberté est un principe premier, qu'il convient de sauvegarder en priorité. Sera légale la mesure qui s'impose strictement et s'adapte aux circonstances de fait qui la motivent, ce qui implique de la part du juge une appréciation de la valeur intrinsèque des motifs, contrôle susceptible de degrés puisque seront prises en considération l'importance de la liberté en cause, ainsi que les circonstances de temps et de lieu à l'origine de l'acte incriminé.

Si le Conseil d'Etat va aussi loin dans ses pouvoirs de contrôle, c'est parce que la juridiction administrative n'est pas étrangère à l'Administration : elle est l'Administration elle-même revenant en tant que juge sur les agissements commis par l'Administration active. La juridiction administrative partage le pouvoir d'appréciation de l'Administration active et, pour résoudre les problèmes de légalité, est en droit, en cette hypothèse, de contrôler les appréciations de fait auxquelles s'est livrée l'autorité administrative.

Le Conseil d'Etat s'est reconnu le droit d'exercer sur les mesures de police tous les pouvoirs de contrôle reconnus à sa qualité de juge interne de l'Administration. Il refait, comme juge, le raisonnement de l'autorité administrative, et se livre aux mêmes appréciations pour statuer en toute connaissance de cause sur la légalité du règlement qui lui est soumis. Non seulement donc, il doit contrôler la réalité des motifs d'ordre public de la décision, car elle est une condition de sa légalité, mais encore il a le droit d'apprécier les circonstances de fait qui ont déterminé l'action du pouvoir de police (53).

En pratique, les illustrations de contrôle de l'opportunité des mesures de police sont nombreuses :

a) La plus célèbre concerne l'exercice de la *liberté de réunion* : chacun connaît les formules classiques de l'arrêt « Benja-

(53) Cf. TEITGEN : « La police municipale », Thèse Nancy 1934 ; DE LACHARRIÈRE : « Le contrôle hiérarchique de l'Administration en la forme juridictionnelle », Thèse Paris 1937 ; sur la comparaison entre les jurisprudences administratives et judiciaires, voir J. CASTAGNÉ : « Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes de police administrative », Paris, L.G.D.J. 1964, pp. 152 et s. On notera seulement que le juge judiciaire, à l'instar du juge administratif, mais beaucoup plus prudemment, tend parfois aujourd'hui à apprécier la valeur des motifs, en cas « d'inadaptation manifeste » ou de « disproportion évidente » (p. 174). Cela ne suffit pas, cependant, à remettre en cause la conception traditionnelle selon laquelle le juge judiciaire se refuse à contrôler l'opportunité des décisions administratives.

min » : « s'il incombe au maire, en vertu de l'art. 97 de la loi du 5 avril 1884 de prendre les mesures qu'exigent le maintien de l'ordre, il doit concilier l'exercice de ses pouvoirs avec le respect de la liberté de réunion garantie par les lois du 30 juin 1881 et du 20 mars 1907 » ; et plus loin : « l'éventualité de troubles alléguée par le maire... ne présentait pas un degré de gravité tel qu'il n'ait pu, sans interdire la conférence, maintenir l'ordre en édictant les mesures de police qu'il lui appartenait de prendre » (54). Cette jurisprudence a été confirmée à de nombreuses reprises, malgré une éclipse sous l'occupation (55).

b) liberté des cultes : C.E. 3 juillet 1947 Guiller (56) : légalité de l'interdiction d'une manifestation religieuse ; C.E. 5 mars 1948 Jeunesse indépendante chrétienne féminine (57) : illégalité de l'interdiction d'une messe en plein air sur l'esplanade du Palais de Chaillot.

c) liberté du commerce et de l'industrie : C.E. 30 mai 1952 Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes (58) : seules peuvent être apportées à l'exercice de cette liberté « les limitations strictement nécessaires à la sauvegarde des intérêts des consommateurs ».

d) liberté de la presse : C.E. 23 novembre 1951 Société Nouvelle d'imprimerie, d'éditions et de publicité (59) : illégalité de l'interdiction de l'exposition et de la vente d'un journal.

e) liberté d'association : C.E. 11 juillet 1956, Amicale des Annamites de Paris (60) ; C.E. 12 juillet 1956 M'Paye, N'Gom et Moumié (61).

(54) C.E. 19 mai 1933, Benjamin, Rec. p. 541 ; S. 1934.3.1, concl. Michel, note Mestre ; D. 1933.3.354, concl. Michel ; G.A.J.A. n° 56 p. 212.

(55) C.E. 25 octobre 1935, Vromet, Rec. p. 995 ; 5 février 1937, Bujadoux, Rec. p. 153 ; 2 février 1938, Xavier Vallat, Rec. 117 ; 9 mars 1938, Bouchez, Rec. p. 245 ; 18 mars 1938, Duverger-Nedellec, Rec. p. 278 ; 4 mars 1949, Permingeat, S. 1950.III.32 ; 23 janvier 1953, Naud, Rec. p. 32 ; 19 juin 1953, Houphouët-Boigny, Rec. p. 298 ; 29 juillet 1953, Demazière, Rec. p. 407 ; 30 novembre 1956, Bakary Djibo, Rec. p. 719 ; 27 novembre 1959, Ministre de l'Intérieur c/ Salem, Rec. p. 632.

(56) Rec. p. 292.

(57) Rec. p. 121.

(58) Rec. p. 289.

(59) Rec. p. 553 ; R.D.P. 1951 p. 1098, note Waline, concl. Letourneur ; D. 1952 p. 22.

(60) Rec. p. 317 ; A.J.D.A. 1956.II.400, chr. Fournier et Braibant.

(61) Rec. p. 331.

f) *liberté d'opinion* : C.E. 26 octobre 1956 Association des combattants de la paix et de la liberté (62) : légalité de l'interdiction d'un référendum lors de la « journée de la paix ».

g) *liberté des spectacles* : l'interdiction, par les autorités municipales, de la projection de certains films, touche, à la vérité, à plusieurs domaines et met en cause diverses libertés : liberté de réunion, liberté individuelle, liberté du commerce et de l'industrie, liberté des spectacles. Elle a donné lieu, en tout cas, ces dernières années, à une très abondante jurisprudence (plus de trente arrêts depuis 1955, dont une quinzaine pour la seule année 1963 (63)).

(62) Rec. p. 391 ; R.D.P. 1957 p. 540, concl. Heumann ; A.J.D.A. 1956.II. p. 490, chr. Fournier et Braibant.

(63) Sans prétendre dresser une liste exhaustive de la jurisprudence et de la doctrine sur cette question : on peut noter :

Tribunaux administratifs :

- Nice 11 juillet 1955, D. 1956 p. 13, note Weil.
- Montpellier 16 décembre 1960.
- Strasbourg 29 juin 1960.
- Caen 20 décembre 1960, D. 1961.25, concl. Gabolde.
- Caen 5 avril 1960, J.C.P. 1961.II.11898, note Mimin.
- Lille 20 décembre 1961, J.C.P. 1961.II.11898, note Mimin.
- Dijon 18 janvier 1961, D. 1961 p. 316, note Bénar ; J.C.P. 1961.II.11995, note Mimin.
- Grenoble 7 février 1962, Rec. p. 725.

Conseil d'Etat :

- 18 décembre 1959, Société « Les films Lutetia », Rec. p. 693, S. 1960.94, concl. Mayras, D. 1960.171 note Weil, A.J.D.A. 1960.I.21 chr. Combarnous et Galabert, R.A. 1960 p. 31 note Juret, J.C.P. 1961.II.11898 note Mimin, G.A.J.A. n° 108 p. 472.
- 14 octobre 1960, Société des films « Marceau », Rec. p. 533, R.D.P. 1961 p. 140 note Waline.
- 23 décembre 1960, Union générale cinématographique, Rec. p. 731, R.D.P. 1961 p. 140 note Waline.
- 9 mars 1962, Société nouvelle des établissements Gaumont, A.J.D.A. 1962. II.370 concl. Gand, Rec. p. 162.
- 6 avril 1962.
- 4 mai 1962, 2 arrêts, Rec. p. 299, J.C.P. 1962.II.12769, obs. Mimin.
- 19 avril 1963, 11 arrêts, Assemblée, Rec. pp. 227 et 228, D. 1964 p. 122 note Blaevet, J.C.P. 1963.II.13237 note Mimin, A.J.D.A. 1963 p. 374 note A. de L., R.D.P. 1963 pp. 827 et s., S. 1964 p. 119, D.A. 1963.
- 6 novembre 1963, 2 arrêts, Ville du Mans - Ville de Nantes, D. 1964 p. 533 note Demichel, R.D.P. 1964 p. 492.
- 8 janvier 1964, 5 arrêts, R.D.P. 1964 p. 855.
- 15 janvier 1965, Société des films « Marceau », R.D.P. 1965 p. 544.
- 11 mai 1966, Ville de Bastia, D.A. 1966 n° 221.

Doctrine :

- MIMIN : « Films interdits », D. 1956 chr. p. 95.
- PELLOUX : « Censure et police du cinéma en droit public français », in Studi in onore di Silvio Lessona Università di Bologna 1963.
- A. DEMICHEL : « Les pouvoirs du maire en matière de police du cinéma », Annales de l'Université de Lyon, fasc. 20, 1960.
- G. LYON-CAEN : « Cinéma et télévision », D. 1963 chr. p. 91.
- « Le maire et ses pouvoirs de police », Collection « L'Administration départementale et communale », Sirey 1960.584 p.

Le problème en lui-même n'est pas nouveau, et ce n'est pas d'aujourd'hui qu'un maire interdit une représentation cinématographique (64). Ce qui innove, par contre, c'est l'apparition de la notion d'immoralité du film et de l'incidence des circonstances locales comme motifs de l'interdiction et donc, comme éléments de l'opportunité de la décision. Le principe a été posé par le Conseil d'Etat en 1959 et constamment réaffirmé depuis : « un maire, responsable du maintien de l'ordre dans sa commune, peut interdire sur le territoire de celle-ci la représentation d'un film auquel le visa d'exploitation a été accordé mais dont la projection est susceptible d'entraîner des troubles sérieux ou d'être, à raison du caractère immoral dudit film et de circonstances locales, préjudiciable à l'ordre public » (65).

Deux motifs d'intervention des autorités locales sont donc possibles :

— Le premier est traditionnel, puisqu'il s'agit de la menace de « troubles sérieux ». On est alors sur le terrain du maintien de l'ordre matériel et extérieur et le juge applique les règles dégagées d'après la jurisprudence « Benjamin ». Pour que l'interdiction soit légale, il doit résulter de la projection un désordre matériel (bris de fauteuils, panneaux, laceration d'affiches ou d'écrans, rixes entre partisans et adversaires, tapage nocturne...) certain, immédiat et d'une gravité telle que l'autorité de police ne puisse y faire face. Sur ce point, le Conseil d'Etat confirme sa jurisprudence traditionnelle, avec d'autant plus de facilité d'ailleurs que cette hypothèse restera la plupart du temps théorique. Il faudrait procéder à une première projection et constater que toutes ces conditions sont réalisées. Or, si de jeunes fanatiques peuvent effectivement se livrer à des déprédations de matériel ou à des tapages intempestifs, c'est plus souvent une manière de célébrer le culte des idoles plutôt que de protester contre le contenu d'un film. Le seul cas où des « troubles sérieux » pourraient se produire serait celui de projection de films à tendance politique caractérisée. Est-ce à dire que la projection d'un film à caractère immoral ne soit pas susceptible d'entraîner des troubles ? Non certes, mais le Conseil d'Etat a préféré consacrer un autre critère, tiré de l'immoralité du film et des circonstances locales.

— Ce second critère est plus large, donc plus dangereux, que le premier. Juridiquement, le film, a priori, n'est pas immoral,

(64) Par exemple : C.E. 7 juin 1939, Vercherin, Rec. p. 375.

(65) C.E. 18 décembre 1959, Société « Les films Lutetia ».

puisqu'il a reçu le visa de la commission de censure. Mais le juge admet qu'il peut l'être pour un département ou une commune, ce qui sera un motif valable d'interdiction, mais à condition que les « circonstances locales » s'ajoutent à l'immoralité pour « concrétiser » en quelque sorte le trouble ou la menace de trouble. C'est la conjonction de l'immoralité du film et des circonstances locales qui constitue le motif de l'interdiction. Tout dépend, dès lors, de ce que recouvrent les notions d'« immoralité » et de « circonstances locales ».

Certaines décisions du Conseil d'Etat avaient admis si largement l'existence de « circonstances locales » qu'on pouvait se demander si, au nom de la morale, on n'allait pas passer de l'érotisme à l'égotisme et tomber ainsi de Charybde en Scylla. Par exemple, dans un arrêt rendu contre les conclusions de son commissaire du Gouvernement, la Haute Juridiction avait admis que les protestations émanant de 21 personnes, dans une ville de 10.000 habitants, suffisaient à établir l'existence de « circonstances locales » (66). De même, dans des arrêts du 4 mai 1962 et du 19 avril 1963, elle avait admis que des démarches de protestations effectuées par des associations privées constituaient des circonstances locales justifiant l'interdiction. Cette notion allait-elle devenir une « simple clause de style n'ajoutant rien à la condition de l'immoralité du film » ? (67).

Se rendant compte du danger, le Conseil d'Etat allait adopter une conception plus restrictive de la notion de circonstances locales. Déjà, dans les arrêts du 4 mai 1962 et 19 avril 1963, il avait précisé que les circonstances locales consistaient dans la généralité des protestations, celles-ci émanant en effet des « milieux les plus différents » et non d'un seul groupement. Dans deux arrêts du 6 novembre 1963 « Ville du Mans » et « Ville de Nantes » il a confirmé l'évolution en annulant des interdictions de projection de film, bien qu'il y ait eu une manifestation de protestation groupant 300 personnes. Appliquant tout d'abord la jurisprudence « Ben-jamin », le Conseil d'Etat a jugé que cette manifestation n'était pas « telle que puissent être prévus des troubles matériels sérieux si le film... continuait à être projeté », semblant assimiler la liberté des spectacles à une liberté publique reconnue et définie. Mieux, ces protestations n'ont pas suffi à constituer des circonstances lo-

(66) C.E. 9 mars 1962, Société nouvelle des établissements Gaumont, A.J.D.A. 1962 p. 370 concl. Gand.

(67) Commentaire de l'arrêt « Films Lutetia » in G.A.J.A. n° 108 p. 477.

cales, si bien que désormais, semble-t-il, à l'encontre de la jurisprudence antérieure, les manifestations ne constituent pas nécessairement ces circonstances locales. Elles devraient entraîner, en plus, des troubles ou des désordres impossibles à réprimer avec les moyens habituels dont dispose l'autorité de police. Mais l'on est bien près alors de la motivation traditionnelle, c'est-à-dire de l'exigence de « troubles sérieux ».

Confirmée par la suite (68) cette solution a le mérite d'établir un juste milieu dans la prise en considération des « circonstances locales » : d'une part, la manifestation émanant d'une seule association ne suffit plus pour qu'elles soient établies ; d'autre part, il faut en plus que des troubles graves soient apportés à l'ordre public.

Il reste qu'en pratique, le maire est consacré censeur de la moralité dans sa commune, ce qui n'est pas sans danger. La notion d'immoralité, en effet, est essentiellement subjective et personnelle ; surtout, comme l'a montré M. Demichel (69), l'appel aux « circonstances locales » n'y ajoute rien. Veut-on les définir comme un trouble moral profond ? De deux choses l'une, répond le commentateur : « ou bien ce trouble moral risque de provoquer des désordres matériels, et alors l'autorité de police peut intervenir, mais au seul titre de la protection de l'ordre public avec toutes les limitations que cela comporte. Ou bien, le trouble ne dépasse pas les consciences, et l'on retombe alors dans la pure notion d'immoralité », celle-ci étant constatée par des personnes incompetentes, si l'on admet que les circonstances locales sont également constituées par des protestations de groupements privés.

En réalité, le Conseil d'Etat a voulu éviter toute solution extrême et établir une sorte de « via media », qui n'est pas entièrement satisfaisante sur le plan des principes (cf. note Demichel précitée), mais vise à réaliser un équilibre dans la protection des libertés. Une telle jurisprudence montre en tout cas le désir du juge administratif d'adapter son contrôle aux circonstances de lieu et de temps, tendance amplement confirmée lorsqu'on examine les modalités techniques du contrôle.

(68) C.E. 8 janvier 1964, 5 arrêts, R.D.P. 1964 p. 855 ; C.E. 11 mai 1966, Ville de Bastia, D.A. n° 221. De plus, le Conseil d'Etat admet désormais que la responsabilité de la commune peut être engagée lorsque l'interdiction de la projection du film était illégale : C.E. 25 mars 1966, Société « Les films Marceau », R.D.P. 1967 p. 203 ; A.J.D.A. 1966 p. 254 concl. Rigaud.

(69) D. 1964 p. 537.

Par. 2. - Les modalités techniques du contrôle.

Pour contrôler la réalité des motifs des mesures portant atteinte aux libertés, le juge administratif s'érige en juge du fait, soit en contrôlant la qualification juridique des faits, soit en vérifiant le bien-fondé de l'appréciation à laquelle s'est livrée l'auteur de la décision (lorsqu'il s'agit d'une mesure de police). Il reste à étudier comment il procède pour effectuer ce contrôle, quelle est la méthode suivie pour qualifier et apprécier les faits, par quels moyens il en arrive à déclarer que l'exercice de la liberté réglementée était ou non dangereux pour l'ordre public.

Pour cela, il a recours normalement aux pièces du dossier. Mais il lui arrive également de suppléer à ce contrôle direct par des déductions qui lui permettent, en pratique, de juger sans avoir à examiner les faits.

A) CONTRÔLE DES MOTIFS PAR EXAMEN DES PIÈCES DU DOSSIER.

Quand le juge, pour apprécier la légalité, se trouve obligé d'examiner les faits, il fait appel en principe, aux pièces du dossier, celles-ci devant lui fournir les éléments de son appréciation.

I. - *Le fondement de l'appréciation* est constitué par les pièces du dossier, qui peuvent être examinées soit séparément, soit dans leur ensemble, par rapprochement.

a. - Le juge envisage d'abord séparément chaque pièce du dossier, c'est-à-dire :

- le règlement de police ou la décision individuelle et sa contexture ;
- les motifs précédant le dispositif de ce règlement ou cette décision ;
- la correspondance antérieure et postérieure au règlement ou à la décision ;
- les instructions générales ou particulières de l'Administration ;
- les explications de l'Administration en réponse au pourvoi ;
- le mémoire en réponse du requérant ;
- éventuellement, diverses autres pièces, telles que rapports émanant d'architectes, d'urbanistes, de service de police, constats d'huissier, plans, photos, bandes magnétiques,

films (70), comptes rendus des troubles antérieurs, bref toutes pièces concrètes susceptibles d'éclairer le juge. Sur ce point, la réforme du 30 septembre 1953 a eu un effet particulièrement bénéfique, puisque les juges des tribunaux administratifs, juges de droit commun du contentieux administratif, sont mieux placés que le Conseil d'Etat pour se rendre sur les lieux, se livrer à des enquêtes sur place, ordonner des expertises, etc...

b. - Cela fait, le juge administratif est libre de contronter et de rapprocher entre elles les diverses pièces du dossier. Le caractère inquisitorial de la procédure le rend maître de l'instruction, et donc de la preuve. A cet égard, il ressort de la jurisprudence contemporaine que la charge de la preuve ne pèse plus sur le requérant, ce qui constitue incontestablement un grand avantage pour celui dont une liberté a été méconnue. Cela tient à ce que le requérant a une position moins favorable qu'une partie ordinaire, car l'accès au dossier administratif ne lui est pas autorisé : le juge, en quelque sorte, « rétablit l'équilibre » en se reconnaissant le pouvoir d'écarter la règle « *actori incumbit probatio* » (71). Il peut donc exiger la production de tous documents ou pièces qu'il estime nécessaire, ou demander des explications sur les motifs de la décision.

Le demandeur, quant à lui, doit seulement présenter, pour appuyer ses allégations, tous les moyens de preuve dont il dispose. Trois cas sont alors possibles : ou bien, la preuve est établie avec certitude et emporte la conviction du juge qui annulera la décision litigieuse ; ou bien elle est vraiment trop vague, ou trop imprécise et incertaine, et la requête sera purement et simplement rejetée ; ou bien enfin, — et c'est le cas le plus intéressant — sans avancer de preuve véritable le requérant fait état de différents indices ou d'un ensemble de présomptions sérieuses fondées sur des circonstances ou des faits précis. Le juge peut alors ordonner à l'autorité administrative de fournir des justifications ou de produire des pièces susceptibles de l'éclairer : en cas de refus de sa part, il considérera comme établis les faits avancés par le requérant. De la conjonction d'un ensemble de présomptions avancées par le demandeur et du refus opposé par l'autorité administrative de se

(70) A cet égard, on notera que le Conseil d'Etat, lors de l'examen des recours sur l'interdiction de projection de films, s'est fait projeter les films litigieux en présence des avocats des parties, notamment lors des affaires « Société des films Marceau » (14 octobre 1960) et « Union générale cinématographique » (23 décembre 1960).

(71) Voir AUBY et DRAGO : « Traité », III, n° 1308 p. 232.

justifier ou de produire les pièces demandées, naît la preuve. Ainsi, il n'y a plus aujourd'hui, à proprement parler, de charge de la preuve : le juge statue en conscience, au vu du dossier et en fonction de l'attitude et des éléments fournis par le requérant et l'Administration, mais de l'un comme de l'autre, il n'exige la production d'aucune preuve véritable.

Appliqué depuis longtemps, mais assez rarement, par le Conseil d'Etat (72), ce principe, grâce au Commissaire du Gouvernement Letourneur, auquel est dû le libéralisme de la jurisprudence dans l'admission de la preuve, a connu une heureuse fortune dans la célèbre affaire « Barel » (73). Certains candidats, non admis à se présenter au concours d'entrée de l'E.N.A., pensaient avoir été exclus pour des motifs politiques, et appuyaient cette allégation sur des indices suffisamment précis (déclaration d'un membre du Cabinet du Secrétaire d'Etat à la Présidence du Conseil, reproduite dans la presse, déclaration du directeur de l'E.N.A.). Le Conseil d'Etat demanda alors en communication les dossiers des candidats exclus, c'est-à-dire l'ensemble des pièces, rapports et documents, au vu desquels les décisions avaient été prises. Cette demande n'ayant pas été satisfaite, le Conseil d'Etat devait en conclure : « il ressort de l'ensemble des circonstances susrelatées de l'affaire, que le motif allégué par les auteurs des pourvois doit être regardé comme établi ».

Prise à propos de l'exercice de la liberté d'opinion et sanctionnant une atteinte au principe de l'égalité d'accès de tous les Français aux emplois et fonctions publics, cette solution a été appliquée en cas d'atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie (74), de refus opposé à une demande de mutation d'un fonctionnaire (85), d'atteinte à la liberté individuelle (76) (arrêté d'assignation à résidence fondé sur des faits matériellement inexacts),

(72) C.E. 27 juillet 1933, Elections au Conseil général du canton de Calenzana, Rec. p. 906 ; C.E. 1^{er} mai 1936, Couespel du Mesnil, Rec. p. 485.

(73) C.E. 28 mai 1954, Rec. 308, concl. Letourneur ; R.D.P. 1954 p. 509, concl. Letourneur, note Waline ; R.P.D.A. 1954 p. 149, concl. Letourneur, note Eisenmann ; Revue adm. 1954 p. 393, concl. Letourneur, note Liet-Veaux ; S. 1954. 3.97, note Mathiot ; D. 1954 p. 594, note Morange ; A.J.D.A. 1954.II.396, note Long ; G.A.J.A. n° 98 p. 407.

(74) C.E. 23 octobre 1957, Chailloux, Rec. p. 548 ; Trib. adm. Caen 16 juillet 1959, Ziana, Rec. p. 838.

(75) C.E. 22 mars 1961, Enard, Rec. p. 202.

(76) C.E. 30 juin 1959, Grange, Rec. p. 85, concl. Chardeau ; A.J.D.A. 1959. 2.23, chr. Combarrous et Galabert.

d'internements administratifs (77), de licenciement pour des motifs d'ordre politique (78).

En ce qui concerne le principe de l'égalité d'accès aux emplois publics, le juge a été encore plus loin dans son libéralisme, car l'Administration dispose d'un large pouvoir discrétionnaire pour apprécier les faits justifiant une décision de refus à concourir, et il est très difficile d'apporter même des commencements de preuves. Dans un arrêt du 6 mai 1959 « Vicat-Blanc » (79), le tribunal administratif de Paris a ordonné la production du dossier, alors même que les allégations du requérant étaient imprécises et qu'il n'avait fourni aucune présomption. L'administration n'ayant pas donné suite à cette demande, le Tribunal considéra les faits comme établis et annula la décision attaquée. En appel, le Conseil d'Etat devait confirmer ce jugement (80).

Le juge jouit donc d'une grande liberté dans la recherche de la preuve et s'efforce ainsi de corriger l'inégalité qui existe inévitablement entre la situation de la victime et celle de l'autorité administrative. Ce souci de supprimer les inégalités va jusqu'à l'amener à « personnaliser », en chaque cas d'espèce, la mesure litigieuse au regard de la liberté qui subit une violation.

II. - *La rigueur des vérifications* : Si l'on peut parler de contrôle « personnalisé », c'est parce que le juge le fait varier à la fois selon le contenu de la mesure examinée et selon la liberté en cause. C'est surtout en matière de police que le Conseil d'Etat montre quel soin et quelle minutie il apporte dans le contrôle.

De façon générale, un arrêté de police est motivé en fait quand il correspond à une menace réelle de désordre, ce qui nécessite de la part du juge, une appréciation de cette menace. Celle-ci doit être d'autant plus sérieuse et certaine que la mesure prise en considération porte davantage atteinte à la liberté. Autrement dit, le degré d'atteinte à la liberté doit être directement proportionnel au trouble envisagé et inversement proportionnel à la valeur juridique de la liberté en cause. Si une comparaison avec les mathémati-

(77) C.E. 13 juillet 1965, Magne de la Croix, Rec. p. 461 ; C.E. 22 avril 1966, Ministre de l'Intérieur c/ Mony, R.D.P. 1966 p. 584 concl. Galmot, Rev. adm. 1966 p. 277 note Liet-Veaux, D. 1966 p. 504 note Dran.

(78) C.E. 26 octobre 1960, Rioux, Rec. p. 558 concl. Chardeau, A.J.D.A. 1961 note V. S.

(79) A.J.D.A. 1959.II.360 concl. Sauzet, note V.S.

(80) C.E. 21 décembre 1960, Premier Ministre c/ Vicat-Blanc, D. 1961 p. 421 note Chapus, A.J.D.A. 1961 p. 167 note V. S.

ques était permise, on serait presque tenté de dire que le juge se livre alors à la recherche tantôt d'un plus petit commun multiple, tantôt d'un plus grand commun dénominateur. Dans ce tableau à triple entrée, chaque élément varie en lui-même et en fonction des autres : menace de désordre, importance de la liberté, degré de gravité de la mesure prise. L'analogie avec les sciences dites exactes doit s'arrêter là cependant, car à ce stade, il n'y a plus de règles préétablies ni de principes irréfutables, ce qui condamne, fort heureusement, le règne du magistrat-robot.

On se bornera à résumer les tendances de la jurisprudence en ces quelques propositions :

— l'éventualité lointaine d'un désordre est un motif suffisant d'une mesure de police fortement restrictive quand le droit ou la liberté opposés par le requérant à l'autorité de police sont de valeur juridique très faible ;

— l'éventualité lointaine d'un désordre est un motif suffisant d'une mesure de police légèrement restrictive lorsqu'il s'agit d'un droit ou d'une liberté proprement dits (c'est-à-dire reconnus par le législateur, au sens large) ;

— il faut une menace sérieuse de trouble quand la mesure de police atteint l'exercice d'un droit ou d'une liberté proprement dits ;

— enfin, seule l'imminence d'un péril grave et certain, peut justifier une mesure extrême contre une liberté reconnue et protégée. Le contrôle sera très strict et rigoureux, et le juge exigera que soient prouvées l'existence et l'imminence du danger.



Ainsi le degré de certitude ou d'ampleur de la menace de désordre doit augmenter avec la gravité des restrictions imposées aux libertés publiques, ce qui pourrait se traduire dans le schéma suivant :

Valeur juridique de la liberté	Menace de désordre	Degré de gravité de la mesure prise	Légalité ou illégalité de la mesure
licence, fantaisie, tolérance, faculté	lointaine, sérieuse ou très grave	légèrement ou fortement restrictive	légalité
liberté reconnue	lointaine	légèrement restrictive	légalité
		fortement restrictive	illégalité
	sérieuse	légèrement restrictive	légalité
		fortement restrictive	légalité
	très grave et imminente	légèrement restrictive	légalité
		fortement restrictive	légalité
liberté reconnue et spécialement protégée	lointaine	légèrement restrictive	illégalité
		fortement restrictive	illégalité
	sérieuse	légèrement restrictive	légalité
		fortement restrictive	illégalité
	très grave et imminente	légèrement restrictive	légalité
		fortement restrictive	légalité

Sans résoudre le problème, un tel ajustement, un tel dosage jettent quelque lumière sur le contrôle de l'opportunité auquel se livre le Conseil d'Etat. Pour être opportune, la mesure de police portant atteinte aux libertés doit être nécessaire et proportionnée, ainsi qu'il ressort de la jurisprudence précitée « Benjamin » (liberté de réunion) et « Société Nouvelle d'Imprimerie » (liberté de la presse).

La nécessité de la mesure de police est un élément de sa légalité, ce qui veut dire d'une part qu'elle doit avoir pour objet d'éviter une menace réelle de désordre et non une simple gêne ou un trouble léger, d'autre part qu'elle doit être limitée à ce qui est indispensable pour le maintien de l'ordre public et ne pas aller au-delà. La mesure doit s'ajuster à la stricte nécessité et ne pas la dépasser.

Mais la *nécessité* n'est pas une condition suffisante de la légalité. La règle de la *proportionnalité* s'y ajoute, règle fondamentale qui oblige le pouvoir de police à concilier l'ordre public et le respect des libertés. La mesure de police doit être proportionnée à l'importance du trouble qu'elle a pour but d'empêcher.

En premier lieu, en effet, elle doit être adaptée au désordre à éviter. Un désordre lointain ou de peu d'importance ne devra pas entraîner de grandes restrictions à la liberté. Par contre, un désordre sérieux justifie des mesures rigoureuses et en cas de troubles très graves, l'autorité de police pourra prendre toute mesure nécessaire au maintien de l'ordre, même si des sacrifices exorbitants doivent être imposés aux libertés. Le Conseil d'Etat, en contrôlant les faits, recherche le degré de gravité du désordre à éviter.

Par ailleurs, la mesure de police doit être adaptée aux circonstances de lieu et de temps. Sur la voie publique, le pouvoir de police peut s'affirmer avec force car il est nécessaire que l'ordre y soit maintenu : plus que de la liberté, la rue est le domaine de l'ordre, car elle appartient à tous. Au contraire, face à la propriété privée, le pouvoir de police se heurte à un droit individuel très protégé et en principe, il ne peut intervenir, sauf si ce qui se passe dans le domicile réagit hors de celui-ci (par exemple en cas de bruit intempestif, ou dans le domaine de la salubrité). On peut observer, cependant, de nos jours, une évolution vers une certaine socialisation du droit de propriété, car la police tend à agir non seulement en cas de troubles effectifs se répercutant sur la voie publique, mais aussi lorsque ces troubles ne se sont pas encore réalisés : ils servent alors de prétexte à une violation de la propriété privée

ou des libertés qui s'y exercent. De même, la notion de sécurité publique a subi une extension constante, les pouvoirs des autorités administratives étant renforcés au détriment de l'inviolabilité de la propriété privée.

Ainsi, en ce qui concerne les édifices menaçant ruine, un décret-loi du 30 octobre 1935, modifiant la loi des 21-23 juin 1898, a stipulé qu'un arrêté de péril peut frapper des immeubles « lorsque d'une façon générale, ils n'offrent pas les garanties de solidité nécessaires au maintien de la sécurité publique », supprimant la restriction prévue par la loi de 1898, selon laquelle il fallait que l'édifice joignît ou longeât la voie publique. Le Conseil d'Etat en a conclu que toute menace d'effondrement, extérieure ou intérieure, justifiait l'intervention de l'autorité municipale (81).

Quant aux lieux ouverts au public, ils sont dans une situation intermédiaire : propriété privée où s'exerce une activité industrielle ou commerciale. Les pouvoirs de police y sont plus importants qu'au regard de la propriété privée, car l'ordre et la tranquillité sont plus facilement menacés. Il s'agit essentiellement des lieux de transport (gares routières ou ferroviaires, aérodomes), hôtels, théâtres, cinémas, bals, spectacles divers, débits de boisson...

Enfin le degré de rigueur de la mesure varie selon l'époque ou l'heure à laquelle elle est intervenue. Les prescriptions de respect de la liberté sont plus rigoureuses la nuit que le jour, surtout en matière de bruit (par exemple, les sonneries de cloches sont interdites pendant la nuit, l'écoute des récepteurs de radio et de télévision doit être baissée...); de même, en période normale aucune cause de trouble ne rend insuffisante la réglementation établie, alors qu'en période anormale, l'équilibre instauré par la réglementation se trouve rompu.

Ces règles ont été rappelées, par le Conseil d'Etat, avec une particulière vigueur, dans l'arrêt du 23 novembre 1951 « Société Nouvelle d'imprimerie, d'éditions et de publicité » (82). Le préfet de police de la Seine et les préfets de 27 départements avaient interdit, en 1948, l'exposition et la vente du journal « Aspects de

(81) C.E. 18 février 1955, Ville de Cherbourg, Ville de Nantua, D. 1955 p. 205 concl. Laurent, R.P.D.A. 1955 n° 168, A.J.D.A. 1955.II p. 8, R.D.P. 1955 p. 979 (2 arrêts) : le maire peut intervenir lorsque la sécurité intérieure de l'édifice est compromise.

(82) Rec. p. 553 ; D. 1952 p. 22 ; R.D.P. 1951 p. 1098, concl. Letourneur, note Waline.

la France et du monde ». Saisi de recours contre cette interdiction par la Société éditrice du journal, le Conseil d'Etat devait d'abord réaffirmer, dans les termes mêmes de l'arrêt « Benjamin », que « s'il incombe aux autorités investies des pouvoirs de police de prendre les mesures qu'exige le maintien de l'ordre, elles doivent concilier l'exercice de leurs pouvoirs avec le respect de la liberté de la presse, et notamment du colportage et de la distribution sur la voie publique des livres, écrits, brochures et journaux, garantie par la loi du 29 juillet 1881 ».

Le principe général une fois énoncé, la Haute Juridiction résumait ensuite, dans le cas d'espèce, la rigueur des vérifications auxquelles elle s'était livrée : « en admettant même les allégations du Ministre de l'Intérieur, selon lesquelles l'exposition à la vue du public et la distribution sur la voie publique du journal « Aspects de la France et du Monde » auraient créé, en raison du caractère du journal et de la nature des articles qui y sont publiés, un danger pour l'ordre public, il ne ressort pas du dossier que ce danger, auquel il appartenait à l'Administration de parer par des mesures restrictives appropriées aux circonstances de temps et de lieu, ait été de nature à justifier légalement, à l'époque où elles ont été prises (mai et juin 1948), des décisions interdisant cette exposition et cette distribution sans limitation de durée et sur toute l'étendue des départements intéressés ».

Ainsi, le contrôle des motifs de la décision conduit le juge, dans chaque cas, à apprécier les circonstances de temps et de lieu dans lesquelles elle a été prise, et son adéquation au trouble qu'elle a pour objet d'éviter. Ces éléments de fait ont donc une telle importance pratique, étant une condition de la légalité de la décision, que le juge cherche toujours à les connaître, même lorsqu'ils n'apparaissent pas clairement au vu des pièces du dossier.

B) CONTRÔLE DES MOTIFS EN DEHORS DE L'EXAMEN DES PIÈCES DU DOSSIER.

Le procédé normal de contrôle est celui qui est exercé sur examen des pièces du dossier, mais il peut arriver que le juge ne procède pas à l'examen direct des faits. On mentionnera, sans y insister, l'hypothèse dans laquelle l'existence des motifs (ou leur inexistence) est si évidente que le juge n'a pas besoin de vérifier les faits. Ainsi en est-il lorsque l'activité réglementée est en elle-même un désordre ou une menace de trouble.

a) En dehors de ce cas, il se peut que l'examen des faits soit très difficile, voire impossible. Le juge, alors, le complète ou y supplée en ayant recours à un système de présomptions qui sont une façon d'apprécier les faits par référence à l'usage ou à l'expérience. C'est, d'une certaine manière, faire appel à la notion de bon père de famille, si chère au droit privé. Par ce système de présomptions, le juge n'abolit pas à proprement parler le contrôle direct des faits, mais les apprécie par rapport à la coutume ou à certains usages locaux.

1) Au cas où la décision de police comporte une interdiction générale et absolue de l'exercice d'une liberté, le juge applique une *présomption d'insuffisance des motifs de police*. En effet, par définition, l'ordre public est affaire de circonstances : tout arrêté de police doit être motivé par une ou plusieurs circonstances de fait, si bien que les motifs tirés de l'ordre public ne peuvent exister réellement que s'ils sont spéciaux ou relatifs.

Il en résulte que des mesures de police portant interdiction générale et absolue dans le temps et dans l'espace sont illégales, pour insuffisance de motifs. Leur généralité prouve par elle-même que l'autorité de police n'a pas tenu compte des circonstances et le Conseil d'Etat répute illégale l'interdiction. Comme toute présomption cependant, celle-ci tombe devant la preuve contraire, c'est-à-dire lorsqu'il est établi qu'il n'existait aucun autre moyen de garantir ou de rétablir l'ordre. « *Ultima ratio* », l'interdiction n'est légale que lorsqu'elle apparaît comme la seule ressource possible. Encore ne peut-elle avoir qu'une portée limitée quant à son objet dans le temps et dans l'espace.

L'illustration la plus courante de cette présomption jurisprudentielle concerne l'exercice de la liberté du commerce et de l'industrie, et particulièrement l'exercice de la profession de photographe-filmeur : C.E. 22 juin 1951 Daudignac (83) : un maire ne peut subordonner l'exercice de cette profession à la délivrance d'une autorisation, sans supprimer virtuellement cette forme de liberté du commerce et de l'industrie ; il ne saurait non plus l'interdire dans un certain nombre de rues, alors qu'il s'avère que celles-ci sont les plus favorables à cette activité : générale et permanente, l'interdiction est illégale, car elle s'applique à une zone « à l'intérieur de laquelle la circulation s'effectue dans des conditions d'intensité et de difficulté très inégales » (84). La même so-

(83) Rec. p. 362 ; D. 1951 p. 589, concl. Gazier.

(84) C.E. 26 février 1960, Ville de Rouen, Rec. p. 154.

lution est adoptée à l'encontre d'un arrêté qui limitait encore davantage pourtant, l'interdiction, celle-ci en plus des conditions précédentes, n'étant édictée que pour certaines heures de la journée : « même aux heures sus-indiquées, estime le juge, la circulation s'effectue dans des conditions d'intensité et de difficulté très inégales, qui ne sauraient justifier, dans son ensemble, l'interdiction en cause » (85).

Le Conseil d'Etat a rappelé ces principes dans un arrêt du 15 octobre 1965 : « Préfet de police c/sieur Alcaraz, Dame Tanasijevic et autres » (86). Par arrêté du 10 août 1960, le Préfet de police de Paris avait interdit l'exercice de la profession de photographe-filmeur dans un certain nombre de places et rues de la ville de Paris, qui s'avéraient en pratique être les plus favorables à cette activité. Saisi en appel d'un jugement du Tribunal administratif de Paris qui avait annulé cette interdiction, le Conseil d'Etat a confirmé cette décision (87) et (88).

Cette jurisprudence a été appliquée à d'autres professions : sont déclarées illégales les interdictions ou soumissions à autorisations concernant la circulation de véhicules publicitaires (89), les spectacles cinématographiques (90), la publicité par projection lumineuse sur les nuages (91), l'installation d'appareils distribu-

(85) C.E. 4 juillet 1962, Ville de Rouen, Rec. p. 449 ; de même : C.E. 31 mai 1963, Ville de Grenoble, Rec. Tables p. 833.

(86) A.J.D.A. 1965 p. 662, concl. Kahn.

(87) « S'il appartenait au Préfet de police... de prendre les mesures nécessaires pour remédier aux inconvénients que ce mode d'exercice de la profession de photographe peut présenter pour la circulation — notamment en interdisant, en cas de nécessité, l'exercice de cette profession dans certaines rues ou à certaines heures où la circulation est particulièrement intense et difficile — ni ces textes, ni d'autres dispositions législatives ne lui permettaient d'édicter une interdiction aussi générale portant atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie, dans une zone aussi étendue que celle prévue par l'article 6 contesté et dans les voies dans lesquelles la circulation s'effectue dans des conditions d'intensité et de difficulté très inégales. »

(88) La jurisprudence judiciaire tend à faire application des mêmes règles, et affirme l'illégalité des interdictions générales et absolues. Voir, par exemple, à propos de l'interdiction de la profession de photographe-filmeur : Cass. Crim. 21 octobre 1965, Dame Landrin, D. 1965 p. 786.

(89) C.E. 2 avril 1954, Pétronelli, Rec. p. 208 ; R.P.D.A. 1954 p. 98, concl. Laurent ; A.J.D.A. 1954.II bis, chr. Long.

(90) C.E. 14 mai 1954, De Pischhof, Rec. p. 269 ; A.J.D.A. 1954.II bis 9, chr. Long.

(91) C.E. 15 décembre 1961, Chiaretta, Rec. p. 709, D. 1962 p. 473 note Vergnaud ; R.A. 1962 p. 44, concl. Braibant ; A.J.D.A. 1962 p. 21, chr. Galabert et Gentot : les termes de cet arrêt sont significatifs : « Il ressort des termes mêmes de la décision critiquée que, par ladite décision, le préfet de police, sans procéder à un examen particulier des circonstances de temps et de lieu dans lesquelles

teurs de confiserie (92), le séjour de tuberculeux dans une zone touristique (93), l'exercice du camping (94).

2) En d'autres hypothèses existe parfois une *présomption d'existence des motifs de police*. Il peut arriver en effet que le jugement sur pièces ne soit pas possible, parce que les motifs de la décision comportent un élément non mesurable, une circonstance locale imprécise ou fuyante, telle que l'état d'esprit d'une population, son degré de réaction, sa sensibilité à tel problème, son penchant pour telle ou telle querelle de clocher. Et pourtant, de telles circonstances, tirées directement du milieu de vie, permettent, mieux que toute pièce du dossier, d'apprécier les exigences de l'ordre public.

Aussi le juge applique-t-il, compte tenu de ces éléments, une présomption d'existence des motifs de police en ce qui concerne les rassemblements d'hommes sur la voie publique. Cette présomption résulte de la constatation selon laquelle les rassemblements d'hommes en un lieu public et les manifestations sur la voie publique sont par eux-mêmes dangereux pour l'ordre public, car l'expérience courante permet de parvenir à ce résultat, par application de constatations inductives. Tirant en quelque sorte la leçon du passé, le juge constate que les manifestations sur la voie publique ont été beaucoup plus souvent la cause de troubles d'exercice calme et paisible d'une liberté. Aussi en présence d'une nouvelle manifestation, préjuge-t-il qu'elle est nuisible à l'ordre public car la liberté fondamentale à protéger est alors celle d'aller et venir de tous les citoyens. Ce faisant, d'ailleurs, le juge interprète la volonté du législateur lequel a un souci plus ou moins grand d'assurer le respect de la liberté en cause : les manifestations sur la voie publique, par exemple, sont une tolérance, ce qui justifie une plus grande rigueur de la part du pouvoir de police que concernant l'exercice de la liberté de réunion, qui elle, est spécialement protégée. La présomption d'existence des motifs de police concernant la réglementation des rassemblements sur la voie pu-

devaient s'effectuer les projections lumineuses qui faisaient l'objet de la demande du sieur Chiaretta, a interdit à ce dernier, en se fondant sur une règle générale qu'il s'était fixée et qui était valable sur tout le territoire du département de la Seine, l'emploi du procédé de publicité ci-dessus mentionné ; une telle mesure ne pouvait légalement être prise qu'à la condition de trouver sa justification dans un motif impérieux d'intérêt général. »

(92) C.E. 13 juillet 1961, Ville de Montpellier, Rec. Tables p. 960.

(93) C.E. 17 octobre 1952, Syndicat climatique de Briançon, Rec. p. 445, concl. Chardeau.

(94) 14 février 1958, Abisset, Rec. p. 98, concl. Long ; A.J.D.A. 1958.II.221, chr. Fournier et Combarnous.

blique est la façon dont le juge interprète la volonté du législateur, mais son rôle positif se traduit également par la faculté qu'il se reconnaît d'écarter cette présomption lorsque les faits l'y poussent, et même de consacrer parfois une présomption contraire.

3) *Une présomption d'inexistence ou d'absence des motifs de police* régit en effet le contrôle des mesures de police qui interviennent contre « les traditions locales », car alors l'usage consacre une tradition de liberté. L'illustration la plus classique concerne les manifestations extérieures du culte, le juge opérant une distinction entre manifestations traditionnelles et non traditionnelles. C'est ainsi que les processions non traditionnelles sont frappées de présomption de danger pour l'ordre public ; au contraire, les processions traditionnelles, telles que les convois funèbres, consacrés par des usages immémoriaux, tombent dans une présomption d'absence de motifs de police, la décision litigieuse étant censée être dénuée de motifs de fait.

Là encore, cette présomption est liée à l'interprétation de la volonté du législateur. Le Conseil d'Etat affirme par exemple « qu'il résulte des travaux préparatoires de la loi du 9 décembre 1905 et de ceux de la loi du 28 décembre 1904 sur les pompes funèbres que l'intention manifeste du législateur a été, spécialement en ce qui concerne les funérailles, de respecter, autant que possible, les habitudes et les traditions locales et de n'y porter atteinte que dans la mesure strictement nécessaire au maintien de l'ordre » (95). Seule, une menace bien déterminée et sérieuse pour l'ordre public peut légitimer l'interdiction d'une cérémonie traditionnelle (96). La présomption joue également à l'égard des textes émanant de l'exécutif : un décret du 23 octobre 1935 soumet à déclaration préalable tous les cortèges sur la voie publique, sauf ceux qui sont conformes aux usages locaux, parmi lesquels figurent les processions traditionnelles, qu'un maire ne saurait interdire en se fondant sur le texte du décret (97). De même, une interruption de plusieurs dizaines d'années ne fait pas perdre son caractère traditionnel à une procession (98).

(95) C.E. 19 février 1909, Abbé Olivier, Rec. p. 181 ; S. 1909.3.34, concl. Chardenet ; D. 1910.3.121, concl. Chardenet ; R.D.P. 1910 p. 69 note Jèze.

(96) C.E. 1^{er} mai 1914, Abbé Didier, Rec. p. 515 ; C.E. 10 juin 1931, Abbé Crétin, Rec. p. 606 ; C.E. 2 mars 1934, Prothée, Rec. p. 1235 ; C.E. 2 juillet 1947, Guillez, Rec. p. 293.

(97) C.E. 25 janvier 1939, Abbé Marzy, Rec. p. 709.

(98) C.E. 19 décembre 1934, Decock et Lefebvre, Rec. p. 1206 ; 14 janvier 1949, Abbé Laurent, Rec. p. 18 ; 3 décembre 1954, Rastouil, Rec. p. 639 ; A.J.D.A. 1955.II bis 1, chr. Long.

Outre la vertu d'effacer la légitimité du motif de police, la jurisprudence reconnaît donc aux traditions locales une sorte de pouvoir normatif comparable à celui de la loi et qui va jusqu'à fonder et justifier certaines mesures de police. Par conséquent, non seulement elles peuvent servir à sanctionner certaines mesures portant atteinte aux libertés, mais encore elles peuvent légitimer et fonder des décisions de police favorables aux libertés. Ainsi les cloches des églises, normalement réservées au service des cultes, ne peuvent être employées au service civil qu'en cas de péril commun exigeant de prompts secours, et si leur usage est autorisé par les lois et règlements ou par les usages locaux (99).

La notion de « tradition locale » a été récemment consacrée d'une manière très nette dans le domaine des courses de taureaux. En effet l'article R. 38 du Code pénal (décret du 7 septembre 1959) prévoit des sanctions pénales contre leurs organisateurs, sauf « si une tradition locale ininterrompue peut être invoquée ». Le Conseil d'Etat est ainsi amené à contrôler dans chaque cas, d'une part l'existence de la tradition locale, d'autre part son caractère « ininterrompu ». Par exemple, un laps de temps d'une quinzaine d'années ne suffit pas à créer une tradition locale, surtout lorsque la course de taureaux n'a lieu que tous les six ou sept ans (100).

b) A s'interroger sur la valeur d'un tel système de présomptions, on s'aperçoit qu'il est très proche en définitive par son fondement de la théorie des principes généraux du droit. L'un comme l'autre font référence à des principes préexistants, transcendants ou tout simplement humains, tirés de la nature des choses et du déroulement des événements, et apparaissent comme des méthodes d'interprétation de la légalité. L'importance de la tradition et sa valeur comme source de la légalité sont de la même essence que celles des principes généraux du droit. Ceux-ci comme celle-là constituent des normes juridiques, non écrites et diffuses peut-être, mais néanmoins fondamentales, au sens propre, comme servant de fondement à la légalité des actes des autorités de police.

Que ce soit par l'examen direct des faits ou par ce système de présomptions qui n'est autre qu'une méthode d'interprétation de la loi (et lorsque c'est possible, par les deux à la fois), le juge administratif montre avec quelle souplesse et quelle minutie il personnalise la protection des libertés. En s'adaptant constamment

(99) C.E. 26 décembre 1930, Abbé Tisseire, Rec. p. 1114.

(100) C.E. 10 février 1967, Munoz, D.A. 1967 n° 96.

aux circonstances de lieu et de temps, et en consacrant — on serait presque tenté de dire : en célébrant — la religion des faits par le « culte du contingent » (101), il résout d'une manière pratique le problème juridique posé par la nécessaire coexistence de l'ordre et de la liberté. De ce point de vue, le raisonnement suivi par le juge s'impose, et avec d'autant plus de certitude que ce n'est pas le juge qui s'est livré à une appréciation qui normalement relevait de l'autorité administrative, mais cette dernière qui a suivi le raisonnement d'un juge, dans la mesure où elle avait à résoudre une opposition, sinon une contradiction, entre deux lois.

Comme l'a montré, en effet, le professeur M. Waline, « dans tous les cas où l'autorité administrative prend une mesure de police qui touche l'exercice d'une liberté publique, elle se trouve obligée de résoudre un véritable conflit de lois » (102). Lorsqu'une réunion publique est susceptible d'entraîner du désordre, l'autorité de police se trouve devant deux législations contradictoires : la loi du 30 juin 1881 consacrant et protégeant la liberté de réunion, ce qui semblerait exclure la possibilité d'interdire son exercice ; l'art. 97 de la loi du 5 avril 1884 qui l'oblige à veiller au maintien de l'ordre et à prévenir toutes les causes de troubles. « Inéluctablement, affirme l'auteur, chacune des deux règles ne peut être appliquée qu'en sacrifiant l'autre. C'est donc bien un conflit de lois que doit résoudre l'autorité de police. Or, trancher un conflit de lois est en soi, une opération juridique, je dirais presque juridictionnelle. Le maire ou le préfet a dû faire un raisonnement en tous points semblable à celui qu'aurait fait un juge. On ne doit donc pas s'étonner que, contrôlant sur un recours contentieux l'usage que l'autorité de police a fait, en l'espèce, de ses pouvoirs, le juge administratif refasse après elle ce raisonnement afin de déterminer si sa décision doit être annulée ou non : ce n'est pas ici le juge administratif qui risque de faire une appréciation du ressort exclusif d'un administrateur, c'est l'autorité administrative qui s'était trouvée obligée de faire le même raisonnement qu'un juge, et il n'est donc pas étonnant que le juge refasse ce raisonnement après elle » (103).

Tel est, semble-t-il, le véritable fondement de l'efficacité du contrôle exercé par le juge administratif en matière d'atteinte aux libertés publiques : le conflit de lois que doivent résoudre le juge

(101) G. BURDEAU : « Libertés publiques », p. 40.

(102) « Etendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'Administration », E.D.C.E. 1956 p. 30.

(103) *Op. cit.*, pp. 30-31.

et l'autorité administrative les oblige à suivre le même raisonnement. Comme le législateur affirme le droit au libre exercice des libertés « nommées », ce qui implique que le pouvoir de police soit un pouvoir contingent et lié, la relation entre les motifs et l'objet de l'acte tombe elle-même dans le domaine du pouvoir lié et devient un élément de sa légalité. C'est en cela que les diverses variétés du contrôle de la légalité des actes administratifs assurent la protection des libertés. Là ne doit pas s'arrêter cependant l'effectivité du contrôle juridictionnel, car les libertés peuvent souffrir de tous les actes administratifs pris en tant quel tels, que ceux-ci soient illégaux ou que leur légalité soit reconnue. Le contentieux de la responsabilité donne alors à la juridiction administrative l'occasion d'exercer une protection accrue des libertés.



CHAPITRE II

LE CONTENTIEUX DE LA RESPONSABILITÉ

Toute victime d'une atteinte aux libertés individuelles émanant d'une autorité administrative peut obtenir réparation du préjudice qui lui a été causé, en engageant la responsabilité soit de l'agent auteur de l'acte ou de la décision litigieuse, soit de la collectivité pour le compte de laquelle il exerce ses fonctions.

La théorie de la responsabilité administrative est une des plus classiques du droit administratif, et tout a été dit sur son autonomie, son « élargissement à peu près constant » et le « perfectionnement technique » des rapports entre l'administration, ses agents et les victimes des dommages » (1). Mais il faut noter que c'est en grande partie la protection des libertés qui est à l'origine des progrès et du développement de la théorie, non point tant en ce qui concerne les actes administratifs illégaux (Section I) que dans les cas où l'acte est reconnu légal (Section II) et même en cas de carence des autorités administratives (Section III).

Section I

ACTE ILLÉGAL

Lorsque la violation de la liberté est causée par un *acte déclaré illégal*, la réparation s'impose et va de soi. Ce qui est vrai pour tout droit auquel il est injustement porté atteinte l'est à plus forte raison pour la violation d'une liberté :

(1) G. VEDEL : *Droit administratif* », p. 239.

— liberté individuelle : C.E. 7 novembre 1947 Alexis et Wolff (2): arrestations et détentions arbitraires.

— liberté d'aller et venir : C.E. 21 février 1936 Demoiselle D... (3): exercice illégal de la police de la prostitution ; C.E. 30 septembre 1955 Vilmain (4): maintien illégal sous les drapeaux.

— droit de propriété : C.E. 27 déc. 1938 Loyeux (5): intervention de la police dans une entreprise agricole pour éviter des heurts entre grévistes et non grévistes.

— liberté de réunion : C.E. 3 avril 1936 René Benjamin et Syndicat d'initiative de Nevers (6): l'interdiction d'une conférence oblige la ville à payer les honoraires du conférencier et les frais engagés par le Syndicat d'initiative.

— liberté du commerce et de l'industrie : C.E. 26 février 1947 Société Les Nouvelles Galeries (7): atteinte illégale à l'activité d'un magasin ; C.E. 24 février 1950 Société Bata (8): interdiction d'exploiter un fonds de commerce ; C.E. 4 octobre 1957 Ville de Charleville (9): extension illégale d'un service communal faisant concurrence à l'entreprise privée.

— violation de la chose jugée : C.E. 15 octobre 1954 Roussel (10): fonctionnaire réintégré pour ordre et immédiatement remplacé, malgré l'annulation de son éviction (11).

Section II

ACTE LEGAL

Mais le juge administratif va plus loin et reconnaît, en certaines hypothèses, que la responsabilité de la personne publique peut être engagée même au cas où l'acte administratif est reconnu légal. La

(2) Rec. p. 416 ; S. 1948.3.101, concl. Céliér ; D. 1948 p. 472, note Eisenmann ; J.C.P. 1947.II.4006, concl. Céliér, note Mestre.

(3) D.H. 1936 p. 272.

(4) Rec. p. 458 ; D. 1956 Som. p. 76.

(5) D. 1939.3.27, concl. Josse.

(6) D. 1936.3.32.

(7) D. 1947 p. 284.

(8) Rec. p. 120.

(9) Rec. p. 504 ; D. 1957 p. 619, concl. Jouvin.

(10) Rec. p. 534.

(11) Cf. WALINE : « Traité », 1963, p. 861.

victime pourra obtenir une indemnité lorsqu'elle aura subi un préjudice résultant d'un acte régulier et parfaitement légitime pris dans l'intérêt général. Cette jurisprudence repose sur le principe d'égalité des individus devant les charges publiques, dont la rupture fonde le droit à indemnité.

Nombreux sont aujourd'hui les cas où, en raison de l'accroissement de l'intervention de l'Etat dans les secteurs économique et social, l'exigence de l'intérêt général est telle que le juge est conduit à admettre la légalité de dispositions qui lèsent les intérêts particuliers et peuvent être très restrictives des libertés. En retour, il montre une tendance extensive dans la reconnaissance du droit à indemnité pour les particuliers lésés, que la source du préjudice se trouve dans une attitude de l'administration ou dans une intervention du législateur.

Par. 1. - Décisions individuelles.

S'il s'agit de *décisions individuelles*, en application de la jurisprudence « Couitéas » (12), la responsabilité de la collectivité se trouve engagée lorsque le préjudice subi est spécial et exceptionnel. Le principe n'est pas nouveau, et a été illustré maintes fois dans des espèces demeurées célèbres, surtout en ce qui concerne le refus opposé par l'Administration de prêter le concours de la force publique pour procéder à l'expulsion de grévistes d'une usine qu'ils avaient occupée. Malgré une sentence judiciaire au profit du propriétaire, le refus de l'autorité de police est légal, dans la mesure où il y a danger pour l'ordre et la sécurité, mais le préjudice résultant de ce refus n'incombe à l'intéressé « que si la situation ne s'est pas prolongée au-delà du délai dont l'administration doit normalement disposer, compte tenu des circonstances de la cause, pour exercer son action » (13).

Le critère retenu par le juge est donc le caractère normal de la situation envisagée : c'est en cela que le principe d'égalité et donc de liberté, est respecté. Lorsqu'au contraire, on tombe dans le domaine de ce qui est anormal, la rupture du principe d'égalité des citoyens est consommée ; le titulaire de la liberté ou du droit

(12) C.E. 30 novembre 1923, Rec. 789 ; S. 1923.3.57, note Hauriou, concl. Rivet ; D. 1923.3.59, note Rivet ; R.D.P. 1924 pp. 75 et 208, concl. Rivet, note Jèze.

(13) C.E. 3 juin 1938, Société « La Cartonnerie et Imprimerie Saint-Charles », Rec. p. 521, concl. Dayras ; D. 1938.3.65, note Appleton ; S. 1939.3.9, concl. Dayras ; J.C.P. 1938.II.834, note Mihura ; R.D.P. 1938.375, note Jèze ; D.S. 1938.241, concl. Dayras.

encourt un risque exceptionnel sur le plan social, risque qui lui permet de recevoir réparation, même en l'absence de faute. Le Conseil d'Etat a souvent réaffirmé le principe posé dans l'arrêt Couitéas et appliqué dans l'arrêt « Société la Cartonnerie Saint-Charles » soit, comme dans ce dernier, en matière d'évacuation de grévistes occupant les locaux professionnels (14), soit en ce qui concerne l'expulsion de locataires sans titre (15). Sur ce point, d'ailleurs, l'intervention du législateur a entraîné une évolution dans la réparation (cf. *infra*).

La seule condition pour que se trouve engagée la responsabilité de la collectivité à la suite de décisions non réglementaires est le caractère spécial, c'est-à-dire particulier ou spécifique, et exceptionnel, donc anormal, du préjudice subi par la victime. Le Conseil d'Etat se réserve le soin de vérifier, dans chaque cas, si cette condition est remplie et refuse d'accorder une indemnité, s'il estime qu'elle ne l'est pas (16). Par contre, à partir du moment où est établi le caractère spécial et exceptionnel du dommage, le fait que l'Administration ait agi en poursuivant un but d'intérêt général ne saurait suffire à écarter sa responsabilité : Dans l'arrêt « Werquin » (17), le Conseil d'Etat a admis qu'un maire avait pu valablement réquisitionner un immeuble pour assurer le relogement de personnes évacuées d'un immeuble voisin menaçant ruine. L'article 97 de la loi du 5 avril 1884 lui permettait, en effet, en raison de l'urgence et du caractère exceptionnel de la mesure, de réquisitionner les locaux nécessaires au logement des familles sans abri, car le défaut de logement était de nature à apporter un trouble grave à l'ordre public.

Mais la légalité de la mesure et son but d'intérêt général n'ont pas suffi pour autant à exonérer la collectivité de toutes responsabilités, car « la réquisition prononcée par le maire a fait subir au requérant, dans l'intérêt général, un préjudice particulier qui, à raison de sa gravité, ne saurait être regardé comme une charge lui

(14) C.E. 8 janvier 1943, « Société des chaux et ciments Valette-Vialard » et « Société d'entreprises Léon Ballot et autres », Rec. p. 5, S. 1943.3.39 concl. Odent, D. 1944 p. 161 concl. Odent ; C.E. 7 mai 1947, Société des brasseries de la Meuse, Rec. p. 180 ; C.E. 12 mars 1948, Association du Grand Cercle de Saint-Etienne, Rec. p. 128.

(15) C.E. 22 janvier 1943, Braut, Rec. p. 19, S. 1944.3.41 note Mathiot, D. 1944 p. 87 note G. B. ; C.E. 16 avril 1946, Société anonyme des logements économiques, Rec. p. 117.

(16) C.E. 6 avril 1962, Compagnie des Messageries maritimes, Rec. p. 260.

(17) précité, Rec. p. 118 ; D. 1961 p. 661, note Weil ; R.D.P. 1961.321, concl. Braibant, et 1253, note Waline ; J.C.P. 1961.II.12259, note Auby ; A.J.D.A. 1961 p. 197, chr. Galabert et Gentot.

incombant normalement et pour lequel il est fondé à demander une réparation pécuniaire ». Le propriétaire a pu ainsi obtenir réparation du préjudice correspondant à la privation de jouissance qu'il a subie jusqu'à l'évacuation des locaux, au paiement des prestations de gaz, d'eau et d'électricité fournies aux occupants, et au remboursement des frais occasionnés par les dégradations commises par ceux-ci.

On peut donc affirmer que la protection des libertés est assurée au maximum, dans la limite du maintien de l'ordre public : du côté des expulsés, reconnaissance d'un véritable droit au domicile ; du côté du propriétaire, garantie de son droit de propriété par le versement d'une indemnité réparatrice du préjudice subi du fait de la réquisition.

Par. 2. - Actes réglementaires.

Cette évolution dans un sens extensif de la protection des libertés se retrouve également en ce qui concerne la réparation des conséquences dommageables d'*actes réglementaires*. Ce problème est lié à celui, plus général, de la responsabilité de l'Etat du fait de la loi, ou responsabilité de l'Etat législateur.

Il est, certes, paradoxal de parler de libéralisme de la jurisprudence alors que nul n'ignore que la responsabilité de l'Etat-législateur n'a, en tout et pour tout, été engagée que deux fois en pratique (18) et une autre fois sur le plan des principes (19).

Pourtant, les principes posés par la jurisprudence à propos de dispositions législatives ont été étendus à bien d'autres textes, et c'est précisément en ce qui concerne ceux-ci qu'une évolution libérale s'est dessinée.

§ 1. a) Pour que le préjudice causé directement par la législation puisse donner lieu à réparation, on sait que deux conditions essentielles doivent être remplies : il faut non seulement qu'il soit spécial, exceptionnel et important, et donc qu'il constitue une

(18) C.E. 14 janvier 1938, Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette », Rec. p. 25, S. 1938.3.25 concl. Roujou, note Laroque, D. 1938.3.41 concl. Roujou, note Rolland, R.D.P. 1938 p. 87 concl. Roujou, note Jèze ; C.E. 21 janvier 1944, Caucheteux et Desmonts, Rec. p. 22, S. 1945.3.13 note A. B., R.D.P. 1945 p. 366 note Jèze, et pour la fixation de l'indemnité : C.E. 2 mai 1962, Caucheteux et Desmonts, Rec. p. 291, A.J.D.A. 1962 chr. p. 421.

(19) 1^{er} décembre 1961, Lacombe, Rec. p. 674, D. 1962 p. 89 concl. Dutheillet de Lamothe, A.J.D.A. 1962 p. 24 chr. Galabert et Gentot : loi validant des actes annulés pour excès de pouvoir.

rupture du principe d'égalité devant les charges publiques, mais encore que rien, dans le texte même de la loi ou dans ses travaux préparatoires, ne permette de penser que le législateur n'a pas voulu faire supporter le préjudice par ceux qui ont à souffrir de la loi. Or, le Conseil d'Etat considère que toute loi intervenue dans un but d'intérêt collectif et général (sécurité, salubrité, moralité, ordre public) exclut le droit à réparation, puisque le texte bénéficie à la collectivité. L'indemnisation sera seulement possible si, dans le silence du législateur, la mesure législative vise un but d'intérêt particulier, car elle impose alors des sacrifices à des particuliers pour protéger d'autres particuliers. Le principe d'égalité se trouve dès lors méconnu.

L'interprétation de plus en plus large de la notion d'intérêt général devait rendre vaine, en pratique, l'extension de ces principes à de nombreuses autres catégories de textes. A quoi bon les étendre aux décrets coloniaux (20), aux décrets-lois (21), aux règlements légaux (22), ou aux mesures individuelles d'application d'une loi (23)? La demande d'indemnisation était toujours rejetée, non seulement lorsque la loi limitait des activités immorales ou frauduleuses (24), ou nuisibles à la santé publique (25), mais encore lorsqu'elle visait un but économique et social d'ordre général: lutte contre la hausse des prix, répartition de denrées, régularisation de marché, réglementation du commerce extérieur (26).

b) En pratique, aucune indemnité n'avait jamais été accordée jusqu'à une date récente, mais par deux décisions de janvier et fé-

(20) C.E. 14 janvier 1938, Compagnie générale de grande pêche, Rec. p. 23, S. 1938.3.25 note Laroque, D. 1938.3.41 note Rolland.

(21) C.E. 22 octobre 1943, Société des établissements Lacauassade, Rec. p. 231; S. 1945.3.13 note A. B.

(22) C.E. 13 février 1952, Costa, Rec. p. 104; 6 janvier 1956, Manufacture française d'armes et cycles de Saint-Etienne, A.J.D.A. 1956.II. p. 84, Rec. p. 3; 21 juin 1957, Société d'exploitation Pathé-Cinéma, A.J.D.A. 1958.II. p. 30, Rec. p. 415; 27 janvier 1961, Vannier, Rec. p. 60 concl. Kahn, A.J.D.A. 1961 p. 74 chr. Galabert et Gentot.

(23) C.E. 28 octobre 1949, Société des ateliers du Cap Janet, Rec. p. 450, J.C.P. 1950.II.5861 concl. Delvolvé, D.S. 1950 p. 77 concl. Delvolvé.

(24) C.E. 14 janvier 1938, Compagnie générale de grande pêche, précité (ci-dessus note 20).

(25) C.E. 6 janvier 1956, Manufacture française d'armes et cycles de Saint-Etienne, précité (ci-dessus note 22).

(26) Par exemple: C.E. 16 novembre 1960, Secrétaire d'Etat aux Affaires économiques c/ Société d'exploitation des chantiers d'Ajaccio, Rec. p. 621, A.J.D.A. 1960.I.191 chr. Galabert et Gentot, D.S. 1961 p. 205 concl. Henry; autre illustration C.E. 8 janvier 1965, Ass., Société des établissements Aupinel, Rec. p. 15.

vrier 1963, le Conseil d'Etat semble avoir largement assoupli cette jurisprudence restrictive, en admettant la possibilité d'une indemnisation même lorsque la mesure législative ou réglementaire a été prise dans l'intérêt général.

I. — Dans un arrêt du 25 janvier 1963 « *Bovero* » (27), la Haute Juridiction a eu à connaître du refus opposé par un préfet de prêter le concours de la force publique pour assurer l'exécution d'une décision de justice ordonnant l'expulsion de l'occupant d'un appartement. Celui-ci étant affecté en Algérie, le préfet fondait son refus sur l'ordonnance du 3 janvier 1959, ayant valeur de loi et prohibant toute expulsion à l'encontre des militaires servant en Algérie, de leurs conjoints ou membres de leur famille vivant avec eux. Le Conseil d'Etat a reconnu la légalité de la décision de refus, mais a estimé que le dommage causé au propriétaire par l'application de l'ordonnance devait être réparé sur le terrain de la responsabilité sans faute de l'Etat. « Le préjudice, affirme-t-il, constitue, pour ceux qui le subissent, une charge spéciale par rapport à l'ensemble des charges normales incombant à l'ensemble des propriétaires de locaux d'habitation occupés par des tiers ; par sa gravité et sa spécialité, ce préjudice présente un caractère exceptionnel de nature à engager, dans le silence des textes, la responsabilité sans faute de l'Etat ».

Comme l'a montré M. le Doyen Vedel (28), le préjudice frappait un certain nombre de personnes (les propriétaires ayant obtenu une décision de justice expulsant les occupants entrant dans le champ d'application de l'ordonnance de 1959), ce qui fait que la notion de spécialité est entendue plus largement que par le passé, sans toutefois aller jusqu'à concerner une catégorie entière d'individus (29).

Ensuite et surtout, c'est bien dans un but d'intérêt général que la mesure législative avait été prise. Elle ne défendait pas les intérêts d'une corporation, ou d'un groupe, mais d'une partie de la population, les militaires servant en Afrique du Nord et leur

(27) Rec. p. 53 ; J.C.P. 1963.II.13326 note Vedel ; A.J.D.A. 1963 p. 94 chr. Gentot et Fourré.

(28) Note précitée, J.C.P. ; également : « Droit administratif », Thémis, pp. 309-310.

(29) C.E. 10 février 1961, Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Chauche, Rec. p. 108 : n'est pas spécial le préjudice résultant de la législation ordonnant de surseoir à toute mesure d'expulsion de logements durant l'hiver.

famille. C'est un précédent qui peut inciter celui dont les intérêts ont été sacrifiés à l'intérêt général, à prétendre à réparation. La rupture du principe d'égalité devant les charges publiques est admise directement comme fondement de la réparation de préjudices causés par la loi, ou par les mesures individuelles d'application de celle-ci. « Sans doute, écrit M. Vedel, expressément ou tacitement, en raison de l'absence de tout contrôle juridictionnel sur la loi promulguée, le législateur peut-il écarter le jeu de la responsabilité publique de droit commun. Mais il y est de plein droit soumis dès lors qu'il ne s'y soustrait pas ; ce n'est pas sur son acceptation tacite que le droit à réparation est fondé, mais sur le régime objectif de la responsabilité publique » (30). Une fois encore, l'interprétation favorable aux libertés est préférée par le juge, qui applique une présomption de respect des droits et libertés par le législateur.

II. — Le même principe a été réaffirmé quelque temps après dans un arrêt du 22 février 1963 « *Commune de Gavarnie* » (31), relatif à l'exercice de la liberté d'aller et venir et de la liberté du commerce et de l'industrie.

Un arrêté municipal avait réglementé la circulation des touristes se rendant au cirque de Gavarnie soit à pied, soit, pour les cavaliers d'un jour, à dos de monture. Pour éviter les accidents, les piétons se voyaient assigner un sentier déterminé, les cavaliers un autre. Si cette discrimination réjouissait le tenancier d'un débit de boissons installé au bord du sentier réservé aux piétons, il n'en était pas de même du marchand d'articles de souvenirs tenant boutique le long du sentier qu'empruntaient les mulets ou les chevaux, les pseudo-cavaliers songeant davantage à se cramponner au cou de leur monture pour se maintenir en équilibre instable, qu'à mettre pied à terre pour faire du lèche-bibelots.

Saisi en premier ressort, le tribunal administratif de Pau annula pour excès de pouvoir l'arrêté municipal et octroya une indemnité au commerçant lésé. En appel, le Conseil d'Etat reconnut tout d'abord la légalité de l'arrêté attaqué, s'opposant en cela au Commissaire du Gouvernement Michel Bernard. Celui-ci estimait que l'interdiction faite aux piétons d'utiliser tel sentier et l'obligation d'en emprunter un autre constituait une atteinte grave

(30) « *Droit administratif* », p. 310.

(31) Rec. p. 113 ; R.D.P. 1963 p. 1019 note Waline ; A.J.D.A. 1963 p. 209, chr. Gentot et Fourré.

à la liberté d'aller et venir, dépassant ce qui était strictement nécessaire pour sauvegarder l'ordre public. Les courses en montagne (32), les bains de mer (33), le camping (34) ont été protégés : à plus forte raison doit-il en être de même de la liberté d'aller et venir, beaucoup plus fondamentale.

Le Conseil d'Etat a, cependant, admis la légalité de l'arrêté litigieux car « une affluence exceptionnelle de touristes » était attendue à Gavarnie pendant sa période d'application, et il ne résultait pas du dossier « qu'il eût été possible à l'autorité municipale de prévenir par une mesure aussi efficace et moins contraignante la menace que les circonstances de fait sus-rappelées faisaient naître pour le bon ordre et la sécurité publique ». L'arrêté avait été pris dans l'intérêt général, pour assurer le maintien de l'ordre et de la sécurité : il était donc légal, car approprié au but à atteindre.

Mais, la légalité de l'arrêté admise, le Conseil d'Etat a tout de même accordé une indemnisation au marchand d'articles de souvenirs, et c'est en cela que se manifeste l'évolution libérale de la jurisprudence. L'application stricte des principes dégagés ci-dessus l'aurait conduit à rejeter la demande de réparation puisque l'arrêté visait un but d'intérêt général. Etant légal, il excluait toute responsabilité pour faute ; étant pris dans l'intérêt général, il excluait la responsabilité pour risque. Pourtant la Haute Juridiction a reconnu, « compte tenu notamment de la nature du commerce de l'intéressé et de la situation de son magasin », le caractère spécial du préjudice subi par le commerçant. En outre, le préjudice présentait une gravité telle que l'arrêté devait être regardé comme ayant imposé à ce dernier, dans l'intérêt général, une charge ne lui incombant pas normalement. Il avait donc droit à être indemnisé par la commune « sur le fondement du principe d'égalité des citoyens devant les charges publiques ».

L'élargissement est donc très net : certes, il ne concerne que les conséquences dommageables d'actes réglementaires ou de mesures individuelles d'application d'ordonnance ayant valeur législative, mais on peut penser que le Conseil d'Etat, par ce biais, a fait un pas vers une reconnaissance plus fréquente des cas où la responsabilité des collectivités publiques peut être engagée sans faute, et alors même que la décision visait à satisfaire l'intérêt général. Cette jurisprudence permet de mesurer l'importance du prin-

(32) C.E. 13 mai 1927, Carrier, Rec. p. 38.

(33) C.E. 7 décembre 1938, Société Castillon-Plage, Rec. p. 915.

(34) C.E. 14 février 1958, Abisset, A.J.D.A. 1958 p. 334, Rec. p. 98.

cipe d'égalité des citoyens devant les charges publiques comme fondement de la réparation des atteintes à certains droits et libertés, tels le droit de propriété ou la liberté du commerce et de l'industrie. Mais il faut que le préjudice soit anormal pour qu'une réparation puisse être accordée, ce qui n'est pas le cas, par exemple, de la perte de clientèle d'un commerçant due à un détournement de la circulation (C.E. 26 mai 1965 Ministre des Travaux Publics c/Tebaldini, rec. p. 305 concl. Braibant).

Le principe d'égalité apparaît ainsi comme le point commun et le trait d'union entre la jurisprudence « La Fleurette », et la jurisprudence « Couitéas », qui se révèlent dès lors comme les deux aspects d'une même théorie (35). Certains ont même suggéré que cette mise en œuvre de la responsabilité sans faute de l'Etat à propos de l'activité de l'Etat-législateur, mise en œuvre indépendante de toute appréciation de validité de la loi, soit étendue aux autres actes échappant traditionnellement au contrôle juridictionnel, comme les actes de gouvernement. De la sorte, sans apprécier leur validité, le juge pourrait tout de même en réparer les conséquences dommageables (36).

§ 2. Quoiqu'il en soit, une telle jurisprudence s'inscrit dans une ligne générale d'extension de la protection des libertés par un élargissement des cas de responsabilité de la Puissance publique, et donc de réparation pour les victimes. L'illustration la plus récente de cette extension apparaît en matière de *responsabilité de la puissance publique en raison des dommages causés par les attroupements*.

Jusqu'à une époque récente, le Conseil d'Etat jugeait que les dispositions des articles 116 à 122 de la loi du 5 avril 1884, qui régissaient cette question, ne s'appliquaient pas aux dommages subis par les personnes participant aux attroupements ou rassemblements. Celles-ci devaient donc porter leur action devant la juridiction administrative, et si le dommage était imputable à l'action des forces de police, établir l'existence d'une faute lourde de la part des services de police, ou tout au moins prouver que les armes ou engins utilisés « comportaient des risques exception-

(35) Cf. J. KAHN : « L'évolution de la jurisprudence relative à la responsabilité du fait des lois », E.D.C.E. 1962 p. 63.

(36) G. VEDEL, note précitée sous C.E. 25 janvier 1963, Ministre de l'Intérieur c/ Bovero, in J.C.P. 1963.II.13326 ; A. DE LAUBADÈRE : « Traité », T. I, n° 422.

nels » (37). C'est ainsi que le juge administratif estimait que ne comportaient pas de dangers exceptionnels l'emploi de grenades lacrymogènes (38), ni l'usage de matraques (39).

Récemment, le Tribunal des Conflits a tempéré cette rigueur en adoptant tout d'abord une conception large du lien de causalité entre les manifestants et le dommage. Dans un arrêt du 16 novembre 1964, « Préfet de l'Hérault c/Tribunal de grande instance de Béziers, Etablissements Schenk et C^{ie} c/Commune de Bessan » (40), il a été admis que les dégâts causés dans une cave par un groupe de viticulteurs qui avaient brisé les robinets des cuves et mélangé de l'huile de vidange au vin, « étaient en rapport direct » avec une manifestation groupant plusieurs centaines de personnes et se déroulant devant la maison du propriétaire, car cette manifestation était organisée « pour intimider les importateurs de vin d'Algérie, mais aussi pour distraire l'attention des forces de police ».

Puis dans un arrêt du 24 mai 1965 « Roche c/Ville d'Amiens » (41), après avoir rappelé que les dispositions des articles 116 à 120 du Code de l'Administration communale « visent non seulement les dommages causés directement par les auteurs desdits crimes ou délits, mais encore ceux que peuvent entraîner les mesures prises par l'autorité publique pour le rétablissement de l'ordre », le Tribunal des Conflits a ajouté que ces dispositions « demeurent applicables dans les cas où la victime, ayant la qualité de manifestant, a par son propre fait, concouru à la réalisation du dommage dont elle demande réparation ».

Il en résulte que celui qui, participant à une manifestation, subit un dommage à l'occasion de celle-ci, dispose désormais de deux actions. S'il peut établir l'existence d'une faute de la part des services de police, il pourra saisir la juridiction administrative. S'il ne le peut pas — et l'on sait que les conditions de la responsabilité administrative sur la base d'une faute lourde des services

(37) C.E. 5 octobre 1960, *Ministre de l'Intérieur c/ Epoux Rigollet*, Rec. p. 515, A.J.D.A. 1960.I. p. 157 chr. Combarous et Galabert ; de même : C.E. 8 juillet 1960, *Petit*, Rec. p. 463, A.J.D.A. 1960.I. p. 157 chr Combarous et Galabert.

(38) C.E. 16 mars 1956, *Epoux Domenech*, Rec. p. 124 concl. Mosset ; A.J.D.A. 1956.II.226 chr. Fournier et Braibant.

(39) C.E. 8 juillet 1960, *Petit*, précité.

(40) Rec. p. 793, A.J.D.A. 1965 p. 302 note Moreau.

(41) J.C.P. 1965.II.14366 concl. Gégout.

de police sont rigoureuses (42) — il aura alors la possibilité de saisir la juridiction judiciaire, en vertu de l'article 16 du Code d'administration communale. Comme l'a noté M. l'Avocat Général Gégout, il existe donc « deux blocs concurrents de compétence, fondés sur des idées différentes, mais juridiquement bien justifiées ». Cette solution a le mérite de permettre à la victime, en tous les cas, de trouver un juge. « L'application éventuelle de l'article 116 présente l'avantage de donner au justiciable un juge, qui n'est pas le juge de droit commun, qui applique une législation qui n'est pas de droit commun non plus, mais qui peut l'appliquer avec la prudence qu'exigent les circonstances particulières, c'est-à-dire modérer l'indemnisation en raison de la faute de la victime » (43).

On voit donc que le Tribunal des Conflits adopte une interprétation de l'article 116 favorable à la victime, en lui permettant de porter son action devant l'un ou l'autre ordre de juridiction. Certes, quant au fond, on peut douter du résultat de ces actions, car le juge tendra probablement à laisser à la victime, au moins en partie, la charge de la réparation d'un dommage qu'elle a contribué à créer plutôt que de la faire supporter par l'ensemble des contribuables de la commune. Mais le juge saura également faire la part des choses et réprimer les abus dont se sont rendues assez souvent coupables, ces dernières années, les forces de police dans la mission de maintien de l'ordre, surtout lors de manifestations et attroupements sur la voie publique.

Section III

CARENCE DES AUTORITES ADMINISTRATIVES

Il n'est pas jusqu'à la *carence des autorités administratives* qui n'entraîne parfois la responsabilité des collectivités publiques. On a vu ci-dessus que le juge administratif créait des cas de compétence liée à l'encontre de l'administration lorsque son action serait bénéfique à l'exercice des libertés, et même si traditionnellement, elle dispose d'un pouvoir discrétionnaire. Tirant les conséquences logiques de cette interprétation, le Conseil d'Etat a estimé que pouvait être engagée, pour faute, la responsabilité de la collectivité

(42) Cf. C.E. 8 juillet 1960, Petit, précité.

(43) Concl. Gégout, précitées.

publique, en cas d'abstention ou de carence de l'autorité administrative.

C'est ainsi que toute responsabilité était exclue pour les autorités investies du pouvoir réglementaire, du moins sur le fondement d'une obligation d'agir existant à leur encontre, car il était admis en jurisprudence que les titulaires du pouvoir réglementaire avaient un pouvoir discrétionnaire pour apprécier si, dans un cas particulier, ils devaient agir ou non. Une jurisprudence récente semble avoir remis ce principe en cause.

Par. 1. - Pouvoirs de police du maire.

Les premières illustrations que l'on relève concernent *le pouvoir de police du maire*, ainsi qu'il ressort de l'affaire « Doublet ». Le requérant avait vu s'installer, aux portes de la villa dont il est propriétaire, un vaste terrain de camping dont les inconvénients lui avaient causé force désagréments. A cet égard, malgré le sens courant de l'expression, le retour aux sources est loin de toujours engendrer la propreté ou le silence.

Dans un arrêt du 23 octobre 1959, le Conseil d'Etat avait affirmé que le refus, pour un maire, de faire usage de ses pouvoirs de police « n'est entaché d'illégalité que dans le cas où, à raison de la gravité du péril résultant d'une situation particulièrement dangereuse pour le bon ordre, la sécurité ou la salubrité publique, cette autorité, en n'ordonnant pas les mesures indispensables pour faire cesser ce péril grave, méconnaît ses obligations légales » (44).

Le principe de l'engagement de la responsabilité de la commune, pour refus opposé par le maire de faire usage de ses pouvoirs de police, était donc posé ; encore fallait-il l'appliquer. En l'espèce, le Conseil d'Etat estimait que les prescriptions d'arrêtés préfectoraux réglementant le camping dans le département « étaient suffisantes pour pallier les réels dangers que faisaient courir à l'hygiène et à la sécurité publique les conditions dans lesquelles le camp fonctionnait », et rejetait le pourvoi. Le requérant ne se tint pas pour battu et s'adressa au préfet et au maire pour obtenir l'application des arrêtés préfectoraux réglementant le camping. En pure perte, semble-t-il, car il se heurta à un silence obstiné. Il demanda alors au tribunal administratif, puis en appel, au Conseil d'Etat, que la commune fût condamnée à réparer le préjudice qu'il avait subi du fait de l'inaction de ces autorités administratives.

(44) C.E. 23 octobre 1959, Doublet, Rec. p. 540 ; D. 1960 p. 191 note Lavroff.

Dans un arrêt du 14 décembre 1962 « Doublet » (45), le Conseil d'Etat a fait droit à sa demande en rappelant et appliquant le principe posé dans l'arrêt de 1959. « Il incombait au maire, chargé en vertu de l'article 91 de la loi du 5 avril 1884, de la police municipale et de l'exécution des actes de l'autorité supérieure qui y sont relatifs, d'assurer sur le territoire de sa commune l'observation de la réglementation du camping, telle qu'elle résultait des arrêtés susmentionnés du préfet ». Le maire a donc l'obligation d'agir parce que les pouvoirs de police lui sont conférés en vue du maintien du bon ordre, de la salubrité et de la sécurité publique : l'application de la loi est subordonnée à l'intervention de l'acte administratif. Non seulement le maintien du bon ordre, c'est-à-dire d'un exercice paisible des libertés, constitue la limite du pouvoir de police, mais il en est également le fondement, en ce sens qu'il oblige l'autorité municipale à agir lorsqu'il est menacé. Point d'arrivée du pouvoir de police, il en est également le point de départ obligé.

Le principe rappelé, le Conseil d'Etat notait que le maire, en l'espèce, « n'a pris aucune mesure pour mettre un terme aux infractions à ladite réglementation invoquée par le sieur Doublet et dont la réalité est corroborée par les pièces du dossier » (il s'agissait du dépassement du chiffre limite des occupants, de la fixation des tentes hors de la limite assignée par l'arrêté, du bruit et du spectacle du camp, enfin — le terme est savoureux — de « l'accumulation des campeurs ». Que cela est proche de certains embarras décrits par Boileau !). Dans ces conditions, « cette carence systématique présente, dans les circonstances de l'affaire, le caractère d'une faute lourde de nature à engager la responsabilité de la commune ». Le requérant obtenait donc réparation du préjudice subi (indemnité de 1000 F), la responsabilité de la commune étant engagée sur la base d'une faute lourde, en raison de l'inaction de l'autorité municipale.

Par. 2. - Service public municipal.

Cette jurisprudence a été confirmée quelques mois plus tard dans un arrêt « Epoux Hébert » du 14 juin 1963 (46). Au cours d'une baignade dans une piscine municipale, un jeune garçon s'était noyé et son corps n'avait été retrouvé qu'au moment de la fermeture de l'établissement. L'enquête avait montré que l'accident était

(45) Doublet, Rec. p. 680 ; D. 1963 p. 117, concl. contraires Combarneux ; A.J.D.A. 1963 p. 85, chr. Gentot et Fourré.

(46) Rec. p. 364 concl. Méric ; D. 1964 p. 326 note C. Lalumière.

dû à un défaut de surveillance, les jeunes maîtres baigneurs de l'établissement, occupés à donner des leçons particulières, n'exerçant aucune surveillance, ainsi qu'à un mauvais entretien de l'établissement, l'eau étant trouble, au point qu'il n'était pas possible de discerner les objets, même à faible profondeur. Le Conseil d'Etat a estimé que « cette absence de surveillance et cette méconnaissance des exigences relatives à la sécurité constituent des fautes dans le fonctionnement du service de nature à engager, dans les circonstances de l'espèce, la responsabilité de la ville de Nantes ».

On remarquera que le Conseil d'Etat n'a pas engagé la responsabilité de la commune sur le terrain de la police municipale de la sécurité : il aurait fallu prouver l'existence d'une faute lourde, ce qui eût été très difficile en l'espèce. Plus simplement le juge s'est-il placé sur le plan du mauvais fonctionnement du service et du mauvais entretien de l'ouvrage public. Il y avait carence de l'autorité administrative, dès lors qu'était établie une négligence de la part des surveillants et du maître de l'ouvrage, c'est-à-dire une inaction et une lacune par rapport au comportement moyen du maître de l'ouvrage (47).

De même, dans un arrêt du 26 octobre 1962, Ville de Toulouse (48), le Conseil d'Etat a estimé que le propriétaire d'une exploitation inondée par le débordement et la stagnation d'un cours d'eau non navigable ni flottable servant d'égout public, pouvait obtenir réparation en engageant la responsabilité de la commune. La ville, en effet, « était tenue de faire les travaux nécessaires pour éviter que le fossé ne constituât un danger pour la salubrité publique ». Dès lors, « les dommages subis par la propriété ayant leur origine dans l'insuffisance des travaux effectués à cette fin, la ville n'est pas fondée à se plaindre que, par le jugement attaqué, le Tribunal administratif l'ait condamnée à réparer les dommages dont s'agit ». Là encore, le fondement de la responsabilité de la commune se trouve dans la carence de l'autorité municipale à prendre les mesures propres à faire cesser un péril grave et une situation dangereuse pour la salubrité publique.

Par. 3. - Actes réglementaires.

Enfin, dans un arrêt du 27 novembre 1964 « Ministre des Finances et des Affaires Economiques c/Veuve Renard » (49), le Con-

(47) Cf. C.E. 4 janvier 1963 : Caisse primaire de Sécurité sociale de l'Allier, A.J.D.A. 1963 p. 311 ; voir également note C. Lalumière précitée.

(48) A.J.D.A. 1963 p. 154.

(49) Rec. p. 590 concl. Galmot ; D. 1965 p. 632 note Auby ; R.D.P. 1965 p. 716 concl. Galmot.

seil d'Etat a généralisé la théorie de la responsabilité administrative pour carence.

Un décret de 1951, instituant un régime de retraites complémentaires des assurances sociales pour certaines catégories d'agents de l'Etat non titulaires, avait prévu qu'un second décret devait déterminer les modalités de coordination entre le régime qu'il instituait et celui des agents de l'Etat. Quelques années plus tard, ce décret n'étant pas intervenu, la veuve d'un agent qui avait été tour à tour fonctionnaire titulaire puis contractuel, se vit refuser une pension de reversion au titre des services accomplis par son mari en qualité de fonctionnaire titulaire. Elle demanda alors, et obtint, réparation du préjudice qu'elle estimait avoir subi par la carence du Gouvernement.

En prévoyant ce second décret, affirme le Conseil d'Etat, celui de 1951 « a conféré aux intéressés qui avaient accompli des services relevant de régimes de retraites différents, le droit de voir leur situation au regard de ces divers régimes de retraites fixée de façon précise par un texte réglementaire ». Certes, le Gouvernement pouvait, s'il l'estimait opportun, abroger purement et simplement l'article du décret de 1951 prévoyant le second décret, mais dès lors qu'une telle mesure d'abrogation n'était pas intervenue, il avait « l'obligation d'assurer la pleine application de ce décret en prenant dans un délai raisonnable, qui est en l'espèce largement dépassé, le texte complémentaire qui y était expressément prévu ».

Comme l'a déclaré le Commissaire du Gouvernement Galmot, l'attitude de l'Administration n'est censurée que « dans la mesure où elle manifeste sans équivoque sa volonté de ne pas faire application de la loi ou de n'en faire qu'une application partielle ou encore d'en suspendre ou d'en différer l'exécution ». Or, lorsque treize ans s'écoulaient sans qu'intervienne le texte annoncé, on ne peut plus parler de délai raisonnable, ni même de délai tout court, mais de refus pur et simple, et ce d'autant plus que le Ministre des Finances avait estimé inopportune la coordination prévue.

Aussi le Conseil d'Etat a-t-il conclu « qu'une abstention aussi prolongée équivaut de la part du Gouvernement à un refus de satisfaire à l'obligation qui lui incombait ; qu'elle est, dans ces conditions, constitutive d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat ». La requérante a obtenu une indemnité correspondant aux annuités de la pension qu'elle aurait dû percevoir, avec intérêts de droit, et capitalisation de ceux-ci à compter de la date du jugement du Tribunal administratif, qui avait statué en premier ressort.

Sur le fond se trouvait posé le problème de l'obligation, pour l'Administration, d'assurer l'application des lois et règlements et d'une façon générale, de la règle de droit : lois formelles, ordonnances (50), décrets-lois, décisions de justice (51) et règlements administratifs, comme le laissait entendre le Conseil d'Etat dans un arrêt du 24 janvier 1962 « Ministre de l'Information c/Société Radio-Filtrex » (52) et comme il l'affirme clairement dans l'arrêt « Veuve Renard ».

Vue sous l'angle de la liberté, cette obligation, qui présente un caractère juridique et est sanctionnée juridiquement, découle de la présomption de respect des libertés qu'applique le juge administratif dans son appréciation de la légalité, et de sa volonté d'en faciliter l'exercice. En effet, l'autorité administrative n'est obligée d'assurer l'exécution des textes réglementaires que si ceux-ci ont été légalement pris, ce qui veut dire qu'un règlement illégal peut — et même doit — ne pas être appliqué (53).

Une des raisons pour lesquelles l'Administration est obligée d'agir est le caractère favorable de son action par rapport aux droits et libertés des individus. Tenue de ne pas assurer l'exécution d'une réglementation illégale, elle sera présumée, au contraire, obligée d'en prendre les mesures d'application lorsque celle-ci protège les libertés. Tel était bien le cas en l'espèce puisque, ainsi que l'a relevé M. Galmot, les dispositions litigieuses du décret de 1951 « paraissent en parfait accord avec un principe général du droit social en vertu duquel des services qui ont donné lieu à cotisation pour retraite doivent pouvoir, quelles que soient les vicissitudes des carrières, être pris en compte pour la détermination des droits à pension ». « C'est d'ailleurs par respect pour ce principe que de nombreux décrets sont venus assurer la coordination des régimes de retraite applicables aux travailleurs du secteur privé », ajoutait le Commissaire du Gouvernement.

Dès lors, et en particulier par le jeu des principes généraux du droit, la présomption de respect des libertés est à la base du contrôle juridictionnel. L'interprétation se fait dans un sens extensif quant à la nécessité de prendre les mesures d'application, lorsque

(50) C.E. 13 juillet 1962, Kevers-Pascalis, Rec. p. 475 ; D. 1963 p. 606 note Auby.

(51) C.E. 24 juillet 1936, Syndicat de défense des grands vins de la Côte-d'Or, Rec. p. 861, D.P. 1937.3.41 concl. Lagrange, note Waline.

(52) Rec. p. 54.

(53) C.E. 8 janvier 1960, Laiterie Saint-Cyprien, Rec. p. 10 ; voir également : note Auby sous C.E. 2 décembre 1960, Dame Franc, D. 1962 p. 6.

celles-ci doivent permettre l'exercice des droits et libertés, et dans un sens restrictif quant au pouvoir discrétionnaire dont prétend disposer l'autorité administrative, lorsqu'elle veut légitimer une inaction néfaste aux libertés. L'intervention du décret d'application était prévue, par le texte de 1951, « en tant que besoin ». Pour le juge, cette expression signifie non que l'autorité administrative est libre d'apprécier le caractère de ce besoin, mais que le besoin existe par rapport à une situation objective et concrète, indépendante de l'appréciation de l'autorité administrative. « Le besoin se faisait sentir à partir du moment où des agents placés dans la situation du sieur Renard ne pouvaient, faute de mesures de coordination, voir prendre en compte certains des services accomplis par eux » (54).

Telle est, semble-t-il, la méthode retenue par le juge dans l'interprétation des règles juridiques qui régissent l'obligation pour l'administration d'assurer l'application de la règle de droit. Ces règles sont connues et ont été rappelées tant par M. Galmot, en ses conclusions, que par M. Auby dans sa note sous les arrêts « Veuve Renard » (55) et « Dame Franc » (56). Il faut que l'acte administratif soit indispensable à l'application de la loi ou du règlement, et obligatoire pour l'autorité administrative, que les dispositions réglementaires à appliquer soient légalement prises, et que les mesures d'application soient provoquées par une demande de ceux qui peuvent prétendre à en bénéficier. L'interprétation de ces règles montre, d'une manière générale, que le juge retient, comme fondement de l'obligation qui incombe à l'Administration, non la hiérarchie des organes, mais la nécessaire effectivité qu'entraîne une application complète de la règle, effectivité qui serait dangereusement compromise si l'administration pouvait à son gré, la paralyser (57). C'est la jurisprudence, en définitive, qui a contribué, en cette matière, à la limitation du pouvoir discrétionnaire que l'autorité administrative tend à se reconnaître, et c'est elle qui « permet encore, fort heureusement, de parler d'une obligation administrative d'assurer l'exécution des lois » (58).

(54) Concl. Galmot.

(55) D. 1965 p. 632.

(56) D. 1962 p. 6.

(57) Cf. note Auby sous arrêt « Veuve Renard », *in fine*.

(58) AUBY, note sous arrêt « Dame Franc », précité.

CONCLUSION DU TITRE II

L'étendue du contrôle juridictionnel, c'est-à-dire sa portée et, au fond, son importance, confirme le rôle primordial du juge dans la construction d'un système efficace de protection des libertés. Juge judiciaire et juge administratif contribuent à maintenir et, le plus souvent, à rétablir l'indispensable et si précaire équilibre entre l'ordre et la liberté, l'un et l'autre devant nécessairement aller de pair, sous peine de conduire ou à l'écrasement de l'individu, ou à l'anarchie. En adaptant constamment le contrôle aux circonstances de temps et de lieu, en le faisant varier en fonction de la nature des actes et du degré de gravité de la violation des libertés, le juge personnalise la protection des libertés. Cet effort permanent et continu vers un perfectionnement et un développement en profondeur du contrôle est l'aspect le plus remarquable de la fonction juridictionnelle. Certes, dire le droit a toujours consisté à interpréter la règle de droit, mais le fait que cette interprétation se fasse dans un sens favorable aux libertés permet de reconnaître au juge un rôle d'impulsion et de direction dans l'ensemble du système de protection des libertés.

En pratique, si la compétence judiciaire s'impose lorsque l'atteinte aux libertés émane de particuliers, le juge administratif tend à s'ériger en juge de droit commun des violations des libertés commises par les autorités administratives et qui sont, par leur importance, sinon par leur nombre, les plus dangereuses. Le contrôle qu'il exerce est le plus poussé qui soit et va jusqu'à l'appréciation de l'opportunité, lorsque celle-ci est un élément de la légalité d'une décision administrative. Cela se traduit, dans un certain nombre de cas où les libertés publiques sont en cause, par une réduction du pouvoir discrétionnaire de l'Administration. L'appréciation du juge se substitue alors, sous différentes modalités, et selon des nuances diverses, à celle de l'administrateur. En d'autres termes, lorsqu'une liberté publique est en cause, le système français se traduit par un transfert du pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative au juge. Celui-ci, parce qu'il prend en main un pouvoir normalement dévolu à l'administration, et parce qu'il a le dernier mot, répond dès lors, aux besoins fondamentaux de l'individu et se présente comme le véritable protecteur des libertés individuelles fondamentales, dans les rapports entre l'individu et l'Etat.

Par l'interprétation de la règle de droit, elle-même guidée par une présomption de respect des libertés de la part du législateur, la répartition du pouvoir discrétionnaire se fait en faveur

du juge administratif. Le juge interprète les textes, supplée éventuellement à leur insuffisance, et les oriente dans une direction déterminée. Les modalités de son action, la procédure suivie, la portée du contrôle et la création d'un corps de règles jurisprudentielles permettent de conclure, ici encore (59), à l'existence en France, d'une administration des juges, dont le fondement est la protection des droits et libertés individuels.

Le phénomène n'est pas nouveau, mais l'étude de la jurisprudence contemporaine prouve non seulement qu'il se confirme, mais encore qu'il s'accroît. Aujourd'hui plus encore qu'hier se manifeste « l'effort du juge pour affirmer l'existence d'un corps de principes, indépendant de toute règle écrite, qui constitue, en quelque sorte, la philosophie politique de la Nation, et dont, se disant le gardien, il s'institue, en fait, le créateur, puisque c'est lui qui, en leur donnant une sanction, les fait passer dans le droit positif (60). L'interprétation de la loi, extensive ou restrictive selon qu'elle protège ou limite les libertés, la portée du contrôle et ses modalités techniques, la mise en jeu plus fréquente de la responsabilité de la Puissance publique, bref l'œuvre jurisprudentielle elle-même militent en faveur de la reconnaissance d'une « éthique » (61) définie en dehors de tout texte écrit, dans le but d'assurer une garantie efficace des libertés publiques.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Si l'on peut affirmer que le contrôle juridictionnel assure efficacement la protection des libertés publiques, c'est tout à la fois à cause de sa stabilité et de sa mobilité. Dire le droit, pour le juge, ce n'est pas statuer à sa guise, d'une manière arbitraire, mais interpréter une règle juridique générale et préexistante à laquelle il est lié, pour en faire application au cas particulier qui lui est soumis. L'existence d'un point de comparaison extérieur et objectif rend prévisible la décision et interdit tout risque d'arbitraire. Même lorsqu'il supplée à l'obscurité de la loi ou à son insuffisance, le juge demeure à l'intérieur d'un cadre juridique déterminé à l'avance.

Mais, en même temps, de par le pouvoir d'interprétation qui lui est reconnu, le juge a su, avec la plus grande souplesse, adapter

(59) Cf. conclusion du Titre Premier.

(60) J. RIVERO : « Le juge administratif français : un juge qui gouverne ? », D. 1951 chr. p. 21.

(61) Cf. RIVERO, chr. précitée.

le contrôle aux circonstances de temps et de lieu, à l'importance de la liberté en cause, à la gravité de l'atteinte qui lui a été portée, aux problèmes nouveaux posés par l'accroissement du rôle de l'Etat. Par ce pouvoir normatif, il ajoute ainsi à la loi écrite, bien qu'il s'en défende. Que ce soit par son objet ou par son étendue, c'est-à-dire en largeur comme en profondeur, le contrôle tend à se modeler à la réalité et aux définitions nouvelles de la liberté.

S'ajoutent à cela des avantages traditionnellement consacrés, qui complètent l'efficacité intrinsèque du contrôle et, en lui donnant sa valeur, expliquent pourquoi l'on attache tant d'importance à l'intervention du juge dans la protection des libertés. L'autorité de la chose jugée rend irrévocable la décision du juge, et celui-ci est particulièrement pointilleux et sévère en ce qui concerne la sanction des violations de la chose jugée, surtout lorsque le jugement protège un droit ou une liberté (voir arrêts Couitéas, Bréart de Boisanger, précités). Ensuite, les règles de la procédure constituent autant de garanties pour l'individu : obligation pour le juge de statuer à peine de commettre un déni de justice, caractère contradictoire des débats, respect des droits de la défense, possibilité de faire la preuve des atteintes portées aux libertés, obligation de motiver les jugements, publicité des sentences...

Enfin, l'indépendance des magistrats vis-à-vis du pouvoir est un gage de leur sérénité et de leur objectivité. A cet égard, comme l'a montré M. Philippe Bretton (62), on ne saurait dissocier l'immovibilité que le droit positif reconnaît aux magistrats de l'ordre judiciaire de celle que la coutume a consacrée au profit des membres des juridictions administratives. Le statut des uns et des autres leur accorde des garanties d'indépendance analogues : d'un côté, l'immovibilité de fait des membres du Conseil d'Etat n'a pratiquement jamais été violée (à part l'épuration pratiquée à la Libération pour des motifs politiques, la seule exception que l'on connaisse est la révocation de M. Jacomet de ses fonctions de maître des requêtes au Conseil d'Etat, le 12 novembre 1960 (63), pour faute dans l'exercice de ses fonctions de secrétaire général de l'Administration en Algérie); de l'autre, l'existence d'un statut, avec système d'avancement, au profit des magistrats des deux ordres de juridiction, rend assez vaine en pratique l'immovibilité formelle reconnue par les textes aux magistrats judiciaires, ceux-ci étant plus ou moins contraints de se déplacer pour obtenir de l'avancement. En réalité,

(62) Thèse précitée, pp. 205-215.

(63) J.O. 12-13 novembre 1960.

juge judiciaire et juge administratif sont aussi indépendants l'un que l'autre à l'égard du pouvoir, et offrent autant de garanties, de ce point de vue, aux particuliers. Cette indépendance garantit à ceux-ci que la décision judiciaire ne sera pas imposée de l'extérieur, et que le juge, soustrait à toute pression, interviendra avec la plus grande impartialité.

Dans ce cadre rigide et souple à la fois, le contrôle juridictionnel reçoit une force et une autorité accrues. A partir de la jurisprudence judiciaire et administrative la plus récente, se dégagent des éléments positifs qui de nos jours permettent de constater l'efficacité du contrôle juridictionnel et de marquer sa spécificité, lorsqu'une liberté est en cause, par rapport à l'ensemble du contentieux. Ce n'est pas seulement sur le terrain de l'opportunité que se caractérise la protection des libertés, c'est surtout par un état d'esprit, un climat serait-on tenté de dire, par lequel le juge participe à la création d'un corps de principes qu'il essaie de faire passer dans la réalité. L'interprétation souple et dynamique de la règle de droit dans un sens favorable aux libertés, autant que la personnalisation du contrôle, sont les aspects les plus importants de la protection des libertés. « On reproche parfois à la jurisprudence sa complication, son amour excessif des nuances, écrit M. le Conseiller d'Etat Letourneur (64). Mais en réalité, c'est la vie quotidienne qui est compliquée. Aussi un tel reproche, qui prouve que le Conseil d'Etat sait s'adapter aux impératifs administratifs de tous les jours, nous paraît en vérité constituer le plus bel éloge que l'on puisse adresser à un juge ».

A la vérité cependant, l'objection surgit d'elle-même, car ce brevet de satisfaction, si légitime soit-il et quels que soient les fleurons dont il est enluminé, supposerait pour être parfaitement mérité que l'ingéniosité déployée par le juge se traduise dans les faits par une diminution, voire la suppression totale des atteintes aux libertés. Or, force est de constater que la protection des citoyens ne se réduit pas et ne peut pas se réduire à une procédure juridictionnelle, aussi perfectionnée qu'elle soit. En matière de liberté, essentielle est l'anticipation. Il faudrait que le juge non seulement s'adapte à la réalité, mais encore devienne lui-même une réalité pour les citoyens ; il faudrait qu'en toute circonstance, la protection soit assurée ; il faudrait enfin que disparaissent les inconvénients propres à l'existence et au fonctionnement de toute

(64) Art. précité, R.I.S.A. 1965 p. 30.

juridiction. Voilà autant d'ombres que toute lumière ne peut manquer de révéler. L'efficacité de la protection des libertés publiques doit être jugée en tenant compte des lacunes et des limites du contrôle juridictionnel, afin que chacun, en son for intérieur, puisse se faire une opinion sur un clair-obscur dont, à travers les contingences, sa liberté est le prix.

* *
*

DEUXIÈME PARTIE

LES LIMITES DE LA PROTECTION DES LIBERTÉS PUBLIQUES PAR LE CONTROLE JURIDICTIONNEL

INTRODUCTION

Garantie des garanties pour le juriste, le contrôle juridictionnel l'est-il vraiment pour le justiciable ? Aussi audacieuses qu'elles soient, les solutions jurisprudentielles consacrent souvent des principes pour s'arrêter ensuite prudemment au seuil des réalités. S'il est vrai que le contrôle juridictionnel protège les libertés sur le plan juridique, et que la souplesse et la hardiesse des solutions jurisprudentielles ont tout lieu de combler le juriste, il serait vain et illusoire de prétendre que le juge garantit à lui seul les libertés publiques d'une manière totale et parfaite. Une analyse réaliste conduit inéluctablement à un doute révélateur et, au demeurant, salutaire.

Il n'est que d'interroger l'individu moyen pour être ramené à une juste vision des choses et à une humilité qui contrastent singulièrement avec la satisfaction, la jouissance, voire l'extase dans lesquelles se complaît à l'envi le cercle des juristes. Certains, les petits, les sans-grade de l'échelle sociale, ignorent totalement l'existence de juridictions, alors que leur faiblesse devrait précisément leur en faciliter l'accès. Seraient-ils avertis, d'ailleurs, qu'ils rejoindraient probablement la longue théorie de ceux qui hésitent ou répugnent à saisir le juge en cas d'atteinte à leurs libertés, parce qu'ils redoutent d'être pris dans un engrenage fatal, parce qu'ils craignent l'implacable et solennelle lenteur de la justice ainsi que la complication de la procédure et son résultat aléatoire, parce qu'enfin ils ont peur de s'engager dans une aventure qui entraîne souvent plus de désagréments que d'avantages et leur donne le sentiment d'avoir été circonvenus et bernés.

Les causes de ces réactions sévères et désabusées (voir par exemple le sondage organisé en 1964 par la Chambre syndicale des avoués), dont la spontanéité autant que le caractère général suffisent à situer l'ampleur du problème des limites de la protection des libertés par le contrôle juridictionnel, sont de nature diverse

et tiennent autant au fonctionnement des institutions qu'à des facteurs occasionnels et au comportement du juge. Il faut non seulement que la victime songe à saisir un juge, mais encore qu'elle puisse disposer facilement d'un recours, que le litige soit jugé rapidement et surtout que la réparation soit effectivement assurée. S'il n'en est pas toujours ainsi, c'est d'abord en raison d'interventions extérieures à la juridiction, qui paralysent le cours de la justice ou enlèvent toute portée aux sentences ; c'est aussi à cause des insuffisances du contrôle juridictionnel, en lui-même et par rapport aux libertés, celles-ci étant par nature mieux protégées par l'absence de violations que par une réparation postérieure, quelles qu'en soient les modalités.

Aux limites d'origine externe (Titre I) viennent ainsi s'ajouter certaines limites inhérentes au contrôle juridictionnel lui-même (Titre II), les unes et les autres réduisant d'autant, en pratique, la garantie qu'il constitue pour les libertés publiques.

TITRE PREMIER

LES LIMITES D'ORIGINE EXTERNE AU CONTROLE JURIDICTIONNEL

L'intervention d'éléments ou d'événements extérieurs devant lesquels le juge doit s'incliner peut influencer sur le contrôle, le modifier et l'empêcher soit de s'exercer, soit de produire ses effets, en partie ou en totalité. Il en va ainsi surtout en période exceptionnelle, lorsque se trouve rompu l'équilibre entre ordre public et libertés correspondant à une situation normale. Mais en pratique, quelle que soit la période, interviennent pour réduire la protection assurée par le contrôle juridictionnel, le *législateur* d'une part (Sous-titre I), *l'autorité administrative* d'autre part (Sous-titre II), *les circonstances* enfin (Sous-titre III), ce qui se traduit le plus souvent par un renversement de la présomption de respect des libertés de la part du juge.

SOUS-TITRE I

L'intervention du législateur

En temps ordinaire, le contrôle juridictionnel s'exerce dans un sens favorable aux libertés, en fonction d'une certaine définition de l'ordre public. L'exercice du pouvoir judiciaire est parfaitement admis et apparaît comme une évidence. Le législateur cependant, peut toujours intervenir soit de son propre chef, soit, la plupart du temps, à la demande de l'autorité administrative, pour remettre en cause les solutions adoptées en jurisprudence. A plus forte raison, dans ces conditions, le législateur peut-il intervenir en temps de crise, lorsque tout fonctionne moins bien et qu'un renforcement des pouvoirs de police s'impose, au détriment du libre exercice des libertés.

CHAPITRE PREMIER

L'INTERVENTION DU LÉGISLATEUR EN TEMPS DE CRISE

Par définition, en période de crise naît une situation dans laquelle les menaces qui pèsent sur l'ordre public compromettent l'équilibre entre l'ordre et la liberté dégagé pour une période normale. Le renforcement des pouvoirs de police entraîne de plus grandes restrictions aux droits et libertés des citoyens, et l'on observe alors une certaine confusion entre la fonction de juger et la fonction de punir et de réprimer. Le pouvoir de police prend le pas sur le pouvoir judiciaire, lequel tend à devenir résiduel et doit s'incliner devant les volontés du législateur. Cette tendance se manifeste à la fois à titre préventif par l'extension législative des pouvoirs de police (Section I), destinée à faire face au danger couru par l'ordre public, et à titre répressif par la création de juridictions d'exception (Section II).

Section I

EXTENSION LEGISLATIVE DES POUVOIRS DE POLICE

Divers régimes législatifs exceptionnels sont applicables en temps de crise et réduisent les libertés non seulement par eux-mêmes, mais encore par la limitation du contrôle juridictionnel qu'ils imposent (c'est dans cette seule optique qu'ils seront envisagés dans le cadre de cette étude). Ce sont, par ordre chronologique, les régimes de l'état de siège, de l'organisation de la nation en temps de guerre, de l'état d'urgence, des pouvoirs spéciaux, de péril national exceptionnel (article 16 de la Constitution de 1958).

Par. 1. - Régime de l'état de siège.

C'est celui auquel a recours le Gouvernement pour rétablir l'ordre en cas de révoltes ou de troubles intérieurs ; généralement lié à l'état de guerre, il peut être motivé par un péril intérieur comme par un péril extérieur. Prévu par la loi du 9 août 1849, modifiée par celles du 3 avril 1878 et 27 avril 1916, il a reçu application entre le 2 août 1914 et le 12 octobre 1919 d'une part, le 1^{er} septembre 1939 et le 12 octobre 1945 d'autre part.

Les effets de l'état de siège, pour rigoureux qu'ils soient, n'entraînent pas l'abolition de la légalité ni la suspension automatique des libertés publiques. Il fait tout d'abord passer à l'autorité militaire les pouvoirs dont était revêtue l'autorité civile pour le maintien de l'ordre et la police, mais dans les seules limites des attributions de l'autorité civile (1). Les règlements de police restent pris par l'autorité civile (2); seule leur application est confiée à l'autorité militaire. Ensuite, sur quelques points précis, l'état de siège entraîne une extension des pouvoirs de police au profit des autorités militaires. Celles-ci peuvent perquisitionner de jour et de nuit, éloigner les repris de justice et les individus non domiciliés dans les lieux où règne l'état de siège, ordonner la remise des armes et des munitions, interdire les publications et réunions susceptibles d'entraîner le désordre. Enfin la compétence des tribunaux militaires est étendue aux civils inculpés de crimes et délits contre la sûreté de l'Etat, les institutions ou l'ordre public.

Sont édictées par le législateur des restrictions à la liberté individuelle, la liberté du domicile, la liberté de la presse, la liberté de réunion. Dans les arrêts célèbres « Delmotte » et « Senmartin » (3), le Conseil d'Etat a donné des termes de la loi une interprétation extensive. « La législation de l'état de siège, affirmait le Commissaire du Gouvernement Corneille, ne doit pas se combiner avec les lois ordinaires ; elle ne peut s'interpréter au moyen des principes et des expressions des textes de la législation ordinaire... Elle substitue à l'état de droit ordinaire un état exceptionnel s'adaptant aux nécessités de l'heure et aux circonstances anormales qui le provoquent... L'expression « réunion » contenue dans la loi de 1849 doit donc, en principe, être interprétée avec son sens le plus large ».

(1) Cass. Crim. 12 mai 1916, Bull. Crim. 1916 n° 113.

(2) C.E. 22 septembre 1944, Epoux Debaere, Rec. Tables p. 398.

(3) C.E. 6 août 1915, Rec. 276 concl. Corneille ; S. 1916.3.9 note Hauriou ; D. 1916.3.1 concl. Corneille ; R.D.P. 1915 p. 700 note Jèze.

Apparaît ainsi *une différence entre les périodes ordinaires, où l'interprétation des textes se fait en un sens favorable aux libertés, et les circonstances anormales, qui entraînent une interprétation favorable au maintien de l'ordre public.* Ce faisant, d'ailleurs, le juge ne fait qu'appliquer la volonté du législateur en fonction des circonstances. Mais si large que soit l'interprétation, le juge demeure cependant le gardien efficace des libertés en sanctionnant les abus et les excès commis par l'autorité militaire.

En dehors des cas prévus par le texte, celle-ci n'a pas de pouvoirs plus étendus que ceux de l'autorité civile. Les arrêtés pris par l'autorité militaire ne sont obligatoires que s'ils satisfont aux conditions de fond et de forme que les autorités civiles doivent normalement respecter. L'autorité militaire peut, durant l'état de siège interdire la vente d'alcool au détail dans les débits de boissons (4), mais elle ne saurait disposer, en vertu de la loi de 1849, du pouvoir d'ordonner la fermeture d'un débit de boissons (5). Le contrôle juridictionnel n'est donc pas exclu, mais simplement limité par l'extension des pouvoirs de police reconnue par le texte.

Par. 2. - Régime de l'organisation de la nation en temps de guerre.

Si le maintien de l'ordre est la raison d'être de l'état de siège, la subordination des ressources et des personnes à la défense du pays semble bien être celle du régime de l'organisation de la nation en temps de guerre, institué par la loi du 11 juillet 1938, qui vise à organiser le potentiel de guerre de la nation et surtout à le développer. Son titre II, consacré à « l'emploi des personnes et des ressources », n'augmente certes pas les pouvoirs de police directement, mais aboutit, en fait, à une restriction importante des libertés publiques par les dispositions qu'il contient sur l'utilisation des biens et des personnes. La réglementation qu'il contient interdit par elle-même tout contrôle juridictionnel, ce qui est d'autant plus grave que cette législation peut intervenir « en période de tension extérieure lorsque les circonstances l'exigent » et que c'est le Gouvernement qui est juge de sa mise en vigueur. Le titre II de la loi

(4) Cass. Crim. 16 juillet 1915, R.D.P. 1915 p. 712.

(5) Cass. Crim. 23 juillet 1941, Mazioux, D.C. 1941 p. 133 : « Attendu que l'autorité militaire ne pouvait puiser dans l'article 7 de la loi du 9 août 1849, qui la substitue à l'autorité civile pour le maintien de l'ordre et de la police, le droit de fermer un débit de boissons régulièrement ouvert, puisqu'un tel droit n'appartient pas à l'administration civile. »

de 1938 a été maintenu en application par l'article 2 de la loi du 28 février 1950 (6).

Cette réglementation réduit ou supprime :

a) la liberté du travail : celle-ci disparaît pratiquement, car la réquisition peut s'appliquer à tout Français de plus de dix-huit ans aux fins de l'employer dans un service civil quelconque. Le personnel des entreprises peut être, dans sa totalité, requis sur place.

b) la liberté d'aller et de venir : dans la mesure où le requis ne peut changer de résidence.

c) la liberté du domicile : par les mesures de défense passive et de protection civile, celle-ci intervenant pour des motifs humanitaires ou économiques, au titre de la police administrative de la sécurité.

d) le droit de grève : qui est suspendu.

e) le droit de propriété : par les pouvoirs de réquisition dont disposent les autorités publiques.

f) la liberté du commerce et de l'industrie, et d'une façon générale, la liberté économique.

A cet égard, la loi du 11 juillet 1938, bien que circonstancielle, peut être considérée comme un facteur essentiel ayant favorisé le passage du libéralisme au dirigisme, avec toutes les conséquences que cette mutation devait entraîner sur l'exercice de la liberté du commerce et de l'industrie. Elle est « le point de départ des règles de droit et des institutions qui jusqu'à nos jours ont encadré la production, la circulation et la consommation des biens » (7). Non seulement l'Etat prend en charge la production et la répartition des ressources de toutes sortes, mais encore il a mission de contrôler l'emploi que les organismes privés font de leurs ressources. Les pouvoirs de réquisition qui leur sont conférés permettent aux autorités gouvernementales de prendre possession d'établissements industriels et commerciaux et de les exploiter.

De plus (art. 46 de la loi), le Gouvernement peut réglementer, et même suspendre l'importation, l'exportation, la circulation, la

(6) D. 1950 p. 62 : « provisoirement » stipule l'article 1^{er}, mais ce texte, à ce jour, est toujours en vigueur et a reçu de nombreuses applications, surtout en matière de réquisitions à l'occasion de grèves.

(7) B. CHENOT : « Organisation économique de l'Etat », Paris, Dalloz 1965, p. 60.

détention, la mise en vente de certaines ressources, les taxer et rationner leur consommation. Il peut recevoir le monopole du commerce extérieur et fixer les salaires unilatéralement. Toutes ces mesures n'ont pas manqué d'influer par la suite tant sur les institutions et les réglementations que sur le contrôle juridictionnel. Aussi doit-on souscrire à l'opinion des auteurs qui ont noté que « les mesures les plus dirigistes que la France ait connues par la suite n'auront été que des variations sur des thèmes de la loi de 1938 » (8) ; « arche entre l'ancienne et la nouvelle organisation économique de l'Etat » (9), celle-ci a suffi « à transformer l'ordre social et économique existant au détriment des libertés, qu'avant sa mise en vigueur, on considérait comme traditionnelles » (10).

Par. 3. - Régime de l'état d'urgence.

Lié aux événements d'Algérie, le régime de l'état d'urgence a été introduit par les lois du 3 avril 1955, du 7 août 1955, du 17 mai 1958 et l'ordonnance du 15 avril 1960. A l'origine, il se présentait comme un régime intermédiaire entre le régime de droit commun et l'état de siège, mais l'ordonnance de 1960 l'a pratiquement aligné sur ce dernier.

§ 1) Sans reprendre son étude théorique, réalisée depuis longtemps (11), on notera que le but de l'état d'urgence était de créer un dispositif juridique qui, tout en laissant aux autorités civiles l'exercice de leurs pouvoirs traditionnels, aboutît à renforcer et concentrer ceux-ci pour mieux les adapter à des événements graves. Initialement appliqué au seul territoire algérien, le régime de l'état d'urgence fut étendu à l'ensemble du territoire métropolitain par la loi du 17 mai 1958, afin de permettre au gouvernement Pflimlin de disposer des pouvoirs rendus nécessaires par les circonstances de l'époque. Primitivement, il ne pouvait être déclaré que par la loi (art. 2, loi de 1955), ce qui était une garantie pour

(8) B. CHENOT, *op. cit.*, p. 60.

(9) *Id.*, p. 59.

(10) G. BURDEAU : « Les libertés publiques », p. 47.

(11) Voir :

— R. DRAGO : « L'état d'urgence (lois des 3 avril et 7 août 1955) et les libertés publiques », R.D.P. 1955 p. 670.

— AUBY : « Etat d'urgence », Revue de jurisprudence, R.D.P. 1956 p. 652.

— A. COCATRE - ZEILGIEN : « Des pouvoirs spéciaux de l'exécutif en Irlande du Nord et en Algérie », Rev. pol. parl. 1956 p. 61.

— P. KOENIG : « La protection des libertés publiques dans le régime de l'état d'urgence », R.A. 1958 p. 19.

les libertés publiques, mais l'ordonnance de 1960 a rapproché la procédure de mise en œuvre de l'état d'urgence de celle de l'état de siège, en stipulant (article 2) qu'il « est déclaré par décret en Conseil des Ministres » et que sa prorogation au-delà de 12 jours ne peut être autorisée que par la loi. Sur ce point, le régime de l'état d'urgence est aussi restrictif pour les libertés que celui de l'état de siège, et il l'est davantage si on l'envisage par rapport aux conditions de mise en œuvre. Les termes de la loi de 1955 sont en effet plus larges que ceux de la loi de 1849 modifiée, car l'état d'urgence « peut être déclaré sur tout ou partie du territoire métropolitain, de l'Algérie ou des départements d'Outre-mer, soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique » (art. 1). Le Gouvernement jouit donc, en fait, d'une compétence discrétionnaire pour décider si telle circonstance constitue un péril imminent ou une calamité publique.

L'état d'urgence se caractérise dans ses *effets* par une extension considérable des pouvoirs de police et une restriction non moins importante des libertés publiques :

1. - Le préfet peut prononcer des interdictions générales et absolues (ce qui, on le sait, lui est interdit, comme à toute autorité de police, en temps normal). La déclaration de l'état d'urgence lui donne pouvoir : « 1° d'interdire la circulation des personnes ou des véhicules dans les lieux et aux heures fixés par arrêté ; 2° d'instituer par arrêté, des zones de protection ou de sécurité où le séjour des personnes est réglementé ; 3° d'interdire le séjour dans tout ou partie du département à toute personne cherchant à entraver, de quelque manière que ce soit, l'action des pouvoirs publics » (art. 5).

2. - Toutes les réquisitions prévues par la loi du 11 juillet 1938 sont permises et peuvent être exécutées d'office en vue de pourvoir aux besoins résultant de péril imminent ou de calamité publique (art. 10).

3. - Le Ministre de l'Intérieur peut ordonner la remise des armes et des munitions sur tout le territoire où se trouve proclamé l'état d'urgence (art. 9).

4. - L'autorité administrative peut prononcer l'assignation à résidence de toute personne « dont l'activité s'avère dangereuse pour la sécurité et l'ordre publics ». Toutefois, précise le texte, « en aucun cas, l'assignation à résidence ne pourra avoir pour effet la création de camps où seraient détenues ces personnes » (art. 6).

La loi du 16 mars 1956 sur les pouvoirs spéciaux devait supprimer cette réserve, rendant lettre morte cette disposition.

5. - L'autorité administrative peut ordonner la fermeture provisoire des salles de spectacles, débits de boissons et lieux de réunions de toute nature (art. 8).

6. - Les tribunaux militaires peuvent recevoir compétence pour se saisir de crimes et de délits connexes relevant normalement de la Cour d'Assises du département considéré (art. 12). Cette disposition aboutit à supprimer la différence existant entre l'état d'urgence et l'état de siège, ce qui est grave pour les libertés car la compétence des tribunaux militaires est plus large durant l'état d'urgence que sous le régime de l'état de siège.

7. - Enfin, il est prévu un état d'urgence aggravé en ce sens que, par une disposition expresse, et qui a été effectivement appliquée chaque fois que l'état d'urgence s'est trouvé proclamé, la loi déclarant l'état d'urgence peut : « 1° conférer aux autorités administratives... le pouvoir d'ordonner des perquisitions à domicile de jour et de nuit ; 2° habiliter les mêmes autorités à prendre toutes mesures pour assurer le contrôle de la presse et des publications de toute nature ainsi que celui des émissions radiophoniques, des projections cinématographiques et des représentations théâtrales » (art. 11).

La législation sur l'état d'urgence est donc très grave pour les libertés publiques, car elle entraîne pratiquement la suppression totale de la liberté individuelle, la liberté d'aller et de venir, la liberté du domicile, la liberté du travail, la liberté de réunion, le droit de propriété, la liberté de la presse, la liberté de l'information, la liberté des spectacles, le droit d'être soumis à la juridiction normalement compétente. Le but initial de cette législation, qui se voulait intermédiaire entre le régime de droit commun et celui de l'état de siège, s'est trouvé rapidement dépassé, car dans les faits, l'état d'urgence se caractérise par un arbitraire et un manque de garanties beaucoup plus marqués que sous le régime de l'état de siège.

§ 2) Face à une telle extension des pouvoirs de police, le contrôle juridictionnel ne pouvait se montrer très efficace. Certes, la loi prévoit que toute personne faisant l'objet d'une interdiction de séjour ou d'une assignation à résidence peut demander à une commission consultative le retrait de cette mesure, ou former un recours devant le tribunal administratif compétent, lequel doit statuer dans le délai d'un mois, avec appel possible devant le Conseil

d'Etat, celui-ci devant se prononcer dans les trois mois. Quant aux autres mesures, elles sont susceptibles de faire l'objet des recours de droit commun.

Mais les juridictions administratives ont dû tenir compte de l'étendue des termes de la loi et l'ont interprétée dans un sens extensif des pouvoirs de police (et par conséquent restrictif des libertés individuelles). Le Conseil d'Etat a estimé que les arrêtés d'interdiction de séjour, pris en vertu de l'article 5 de la loi du 3 avril 1955 « ont le caractère de mesures préventives de police édictées afin de préserver l'ordre et la sécurité publique et ne constituent pas des sanctions ; dès lors, sauf, dispositions législatives et réglementaires, le prévoyant expressément, ils n'ont pas à être précédés de la communication des griefs retenus contre les intéressés » (12). Sur ce point, le Conseil d'Etat est fidèle à sa jurisprudence traditionnelle, selon laquelle le pouvoir de police est essentiellement préventif et ne comporte pas le droit, pour l'autorité administrative, d'infliger des sanctions. En matière de police, c'est l'intérêt général qui prévaut et, à travers la victime de la mesure de police, c'est l'ordre public menacé que l'autorité administrative s'efforce de rétablir. Les mesures sont prises en vue de la sécurité, la salubrité ou la tranquillité publique et ne sont donc pas des sanctions, c'est-à-dire des punitions sanctionnant une violation d'une règle d'un ordre juridique déterminé. Rien d'étonnant, par conséquent, que le préfet, en l'absence de dispositions contraires de la loi du 3 avril 1955, n'ait pas à motiver les arrêtés d'interdiction de séjour qu'il prononce : le moyen tiré d'une insuffisance motivation de la décision ne saurait être retenu.

C'est sur le fond, dès lors, que porte la critique principale. Si la mesure de police échappe à l'obligation de respecter un formalisme procédural, par le respect des droits de la défense ou la motivation de la décision, c'est en raison de l'importance que revêt le motif de fond pour lequel elle est prise : la nécessité du maintien de l'ordre. D'où l'obligation pour le juge d'exercer un contrôle minutieux et très poussé pour apprécier l'importance de la menace subie par l'ordre public et les moyens mis en œuvre pour la conjurer (cf. *supra*). La garantie juridictionnelle a *posteriori*, par le contrôle des faits et de l'opportunité de la décision, compensation, en quelque sorte, l'absence de garanties antérieures de pro-

(12) C.E. Ass. 16 décembre 1955, Dame Bourokba, Rec. p. 590 ; D. 1956 p. 392 note Drago ; R.D.P. 1956 p. 652 ; Revue juridique et politique de l'Union française 1956 p. 347 concl. Chardeau.

cedure, telles que le respect des droits de la défense et la motivation de la décision. Or, si pour une raison quelconque, le contrôle des motifs de fait n'est pas exercé, ou l'est d'une façon superficielle, il en résulte que la mesure administrative échappe dans sa quasi-totalité au contrôle, et que la liberté n'est plus garantie du tout.

Telle est la conclusion à laquelle il faut malheureusement parvenir lorsqu'on examine la solution dégagée dans l'arrêt « Dame Bourokba ». La requérante avait déféré au Tribunal administratif, puis au Conseil d'Etat, un arrêté du préfet d'Oran lui interdisant de séjourner dans le département, en application de l'article 5/3° de la loi du 3 avril 1955. Le Conseil d'Etat devait affirmer tout d'abord que le fait même que la décision ait été fondée sur l'attitude de la requérante antérieurement à la déclaration de l'état d'urgence « ne saurait, eu égard à l'objet préventif des mesures de police prévues par la loi du 3 avril 1955 entacher d'illégalité l'arrêté du préfet d'Oran ». Une telle interprétation est favorable au pouvoir de police, car le juge donne à un participe présent (« toute personne *cherchant* à entraver, de quelque manière que ce soit, l'action des Pouvoirs publics ») le sens d'un participe passé (« ayant cherché », « ayant pu chercher », « susceptible de chercher »), entendant ainsi dans un sens extensif les termes de la loi.

Mais surtout, le Conseil d'Etat a estimé qu'il ne ressortait pas des pièces du dossier « que l'arrêté contesté ait été pris pour des motifs étrangers au champ d'application des dispositions précitées ». Comme l'a noté M. Drago, « par cette formule, le Conseil d'Etat affirme que les mesures prises en période d'état d'urgence sont discrétionnaires » (13). Au lieu de vérifier d'une manière positive que la mesure entre effectivement dans le champ d'application de la loi, le juge se borne à rechercher si elle ne lui est pas étrangère, ce qui exclut toutes les investigations auxquelles il se livre normalement lorsqu'il est saisi d'un recours contre une mesure de police : contrôle de l'existence des faits, de la nécessité et de la proportionnalité de la décision, c'est-à-dire, en l'espèce, recherche de l'adéquation de cette dernière à l'attitude de la requérante.

On assiste ainsi à une *inversion de la présomption, de la part du juge : favorable aux libertés en période normale, elle s'exerce dans un sens favorable à la restriction des libertés sous le régime de l'état d'urgence*, comme si le juge souscrivait à une « croyance »

(13) D. 1956 p. 396, note sous arrêt précité.

selon laquelle, en période anormale, l'autorité administrative est investie de compétences dépassant le strict cadre de la loi (14). Plus que dans les textes eux-mêmes, *c'est dans cette façon de les interpréter que se trouve la limite de la protection des libertés par le contrôle juridictionnel*. « Le recul est certain par rapport à la théorie généreuse élaborée par le Conseil d'Etat pour préserver les libertés publiques. Tel le personnage de Kafka, l'administré ne sera pas interdit de séjour pour avoir entravé l'action des Pouvoirs publics, mais sera considéré comme ayant entravé cette action parce qu'il est interdit de séjour » (15).

Telles sont, semble-t-il, par cet arrêt rendu en Assemblée, les lignes directrices de la jurisprudence du Conseil d'Etat sur les mesures prises en vertu de l'état d'urgence. Seuls seront prises en considération, comme éléments protecteurs, le vice de forme et le détournement de pouvoir ou de procédure. Dans un arrêt « Keddar » du 3 février 1956 (16), le Conseil d'Etat s'est fondé sur ce moyen pour annuler un arrêté de réquisition qui visait en réalité à faciliter l'internement du requérant (17). Sur la base du détournement de procédure, le contrôle s'avère efficace, mais c'est là, semble-t-il, le seul cas d'annulation de décisions administratives prises dans le cadre de la loi sur l'état d'urgence.

Dans ce même arrêt « Keddar » rendu en assemblée (précité) et dans un arrêt « Galland » du 17 février 1956 et « Rezkallah » du 25 juin 1958 (18), le Conseil d'Etat a confirmé, mot pour mot, à propos d'arrêtés portant interdiction de séjour, la fermeté du contrôle qu'il exerce sur les motifs de ces décisions, entérinant par là même les solutions dégagées par les tribunaux administratifs (19).

(14) R. DRAGO, note précitée.

(15) *Id.*, p. 397.

(16) Rec. p. 46 ; D. 1956 p. 397.

(17) Le détournement de pouvoir et de procédure était patent : « Il résulte de l'instruction que l'ordre de réquisition pris par le préfet d'Alger a eu pour but manifeste de permettre l'internement du requérant au camp d'Aflou (département d'Oran), où il est détenu depuis lors ; la réquisition des personnes prévue par la loi du 11 juillet 1938 en vue de satisfaire les besoins de la Nation et, en vertu de l'article 10 de la loi du 3 avril 1955, en vue de pourvoir aux besoins résultant des circonstances qui motivent la déclaration de l'état d'urgence, ne saurait légalement être utilisée pour limiter, dans un intérêt de police, la liberté de ceux qui en sont l'objet ; en prenant l'ordre de réquisition attaqué, le préfet a, en réalité, entendu faire échec aux dispositions de l'article 6 de la loi du 3 avril 1955 aux termes duquel « en aucun cas l'assignation à résidence ne peut avoir pour effet la création de camp où sont détenues les personnes ayant été l'objet de cette mesure ».

(18) Rec. Tables p. 811.

(19) Trib. adm. Alger 20 mai 1955, Galland, et 17 juin 1955, Mezghiche, *in* Revue politique et juridique de l'Union française, octobre-décembre 1955, n° 4.

Enfin, la dévolution de compétence aux tribunaux militaires dans la connaissance de certains crimes et délits connexes, ainsi que la modification des règles de l'instruction, la suspension ou la suppression de certaines voies de recours, l'attribution de la compétence de Cassation à un Tribunal militaire de Cassation, tendent, d'une certaine manière, à faire participer plus largement la fonction juridictionnelle au rétablissement de l'ordre et affaiblissent d'autant le mécanisme des droits de la défense, essentiel pour la protection de l'individu. La gravité et le particularisme de la situation en Algérie (20) exigeaient, certes, la mise en œuvre de mesures sévères en vue du maintien de l'ordre et de la sécurité, mais on peut regretter cette diminution des garanties procédurales autant que la réticence manifestée par le juge administratif dans le contrôle des motifs.

Si exorbitants que fussent les moyens conférés aux autorités publiques sous le régime de l'état d'urgence, ils furent considérés comme insuffisants et reçurent un complément dans la législation sur les pouvoirs spéciaux, motivée elle aussi, par les événements d'Algérie.

Par. 4. - Régime des pouvoirs spéciaux.

§ 1) Le changement de ministère ou la dissolution de l'Assemblée Nationale entraînait automatiquement la cessation du régime de l'état d'urgence. C'est ce qui arriva à la suite de la dissolution de l'Assemblée Nationale du 2 décembre 1955, et, plutôt que de demander son rétablissement, le gouvernement Guy Mollet, qui le considérait comme trop peu efficace, préféra faire voter, le 16 mars 1956, une loi spéciale, sorte de loi-cadre, instituant les pouvoirs spéciaux pour l'Algérie (21).

L'objet de cette loi était double : en premier lieu, elle autorisait le Gouvernement à mettre en œuvre en Algérie par décrets (selon la procédure des décrets-lois) une politique d'expansion économique, de progrès social et de réorganisation des institutions administratives. Mais surtout, l'article 5 stipulait : « Le Gouvernement disposera, en Algérie, des pouvoirs les plus étendus pour prendre toute mesure exceptionnelle commandée par les circonstances en vue du rétablissement de l'ordre, de la protection des

(20) Cf. les travaux préparatoires de la loi de 1955, J.O. Débats Ass. nat., séance du 31 mars 1955.

(21) D. 1956, Législation, p. 123.

personnes et des biens et de la sauvegarde du territoire. Lorsque les mesures prises... auront pour effet de modifier la législation, elles seront arrêtées par décret pris en Conseil des Ministres ». Ce texte conférait donc au Gouvernement les pouvoirs les plus larges et les plus étendus pour tout ce qui concerne les libertés publiques ; la délégation de compétences au profit du Gouvernement aboutissait à supprimer purement et simplement la garantie que la procédure parlementaire et le vote de la loi apportent aux libertés.

La loi du 26 juillet 1957, qui reconduisait les pouvoirs spéciaux au profit du Gouvernement Bourgès-Maunoury, les a encore étendus en leur donnant un prolongement dans la Métropole : « pourra être astreinte, par arrêté du Ministre de l'Intérieur, à résider dans les lieux qui lui seront fixés sur le territoire métropolitain, toute personne condamnée » pour différents crimes et délits dont la loi donne la liste (art. 2). Etaient de plus autorisées les perquisitions domiciliaires de jour et de nuit » (art. 5) et le délai maximum de la détention en matière correctionnelle porté de 5 à 21 jours (art. 4).

Les pouvoirs spéciaux furent par la suite accordés aux Gouvernements Gaillard, par la loi du 15 novembre 1957, et Pflimlin, par la loi du 22 mai 1958. Ce dernier avait également fait voter le 17 mai 1958 une loi déclarant l'état d'urgence sur tout le territoire métropolitain, et les décrets pris pour son application furent particulièrement sévères pour les libertés, puisque, outre la censure préventive de la presse, du cinéma et de la radio-télévision, ils définissaient à titre rétroactif un grand nombre de crimes, un acte étant réputé tel dès lors qu'il avait été commis depuis le 30 octobre 1954.

Ces textes devinrent caduques lors de la formation du Gouvernement de Gaulle le 2 juin 1958, mais la loi du 3 juin 1958 conférait à ce dernier les pleins pouvoirs et reconduisait à son profit les pouvoirs spéciaux prévus par la loi du 16 mars 1956. Par la suite devaient s'ajouter les pouvoirs accordés au Gouvernement d'abord en vertu de l'article 92 de la Constitution durant la période de mise en place des institutions, puis en vertu de la loi du 4 février 1960, prise dans le cadre de l'article 38, et autorisant le Gouvernement à prendre des mesures relatives au maintien de l'ordre à la sauvegarde de l'Etat, à la pacification et à l'administration de l'Algérie.

En pratique, ces textes conféraient aux autorités administratives un pouvoir exorbitant, leur permettant de porter atteinte très largement à toutes les libertés publiques sans exception : liberté individuelle, droit de propriété, liberté d'aller et de venir, liberté

du domicile, d'association, de réunion, du commerce et de l'industrie, de la presse, de l'information, des spectacles, libre exercice des droits civiques et politiques... L'étendue et la généralité des textes accordaient aux autorités publiques le pouvoir de prendre les mesures les plus draconiennes en vue du maintien de l'ordre et en ces périodes troublées, toute mesure pouvait prétendre, de près ou de loin, viser une telle fin.

§ 2) Sans être paralysé, en principe, le contrôle juridictionnel ne pouvait manquer, cependant, de se trouver très limité en pratique. Les délégations législatives étaient consenties en des termes si larges et si généraux, allant jusqu'à autoriser la modification de la législation par décret, que le juge est obligé, par la force des choses, d'interpréter la volonté du législateur dans un sens extensif. Des formules telles que « les pouvoirs les plus étendus » pour prendre « toute mesure exceptionnelle commandée par les circonstances en vue du rétablissement de l'ordre » interdisent tout contrôle des motifs. On a vu en première partie que les efforts déployés par le juge pour soumettre à contrôle juridictionnel les actes des autorités administratives demeuraient vains en face d'habilitations aussi étendues. Seul était possible le contrôle de la légalité externe et du but de la mesure litigieuse : au-delà, les autorités publiques avaient les mains libres puisque c'est un véritable blanc-seing qui leur était accordé.

● C'est ainsi qu'ont été reconnues légales des atteintes particulièrement graves aux libertés :

— suspension du paiement des arrérages de toutes pensions civiles ou militaires ainsi que des sommes dues à un titre quelconque par l'Etat, l'Algérie, les collectivités locales et les établissements publics à l'encontre des individus dont l'activité s'avèrerait dangereuse pour la sécurité ou l'ordre public (C.E. Ass. 12 juillet 1957 Union générale des fédérations de fonctionnaires Rec. p. 469) ;

— expropriation de biens immobiliers en vue de leur redistribution à de nouveaux propriétaires et transfert d'exploitation à la Caisse d'accession à la propriété, la loi de 1956 autorisant le Gouvernement « à déroger tant à des dispositions de lois expresses qu'à des principes généraux du droit ayant valeur législative » (C.E. Ass. 7 février 1958 Syndicat des propriétaires de forêts de chênes-liège d'Algérie et autres (22) ;

(22) Rec. p. 74, A.J.D.A. 1958.II.130 concl. Grévisse ; C.E. 19 février 1960, Ass., Fédération algérienne des syndicats de défense des irrigants, 2 espèces, Rec. pp. 129 et 130.

— méconnaissance de la présomption d'innocence en faveur de tout inculpé, par assignation à résidence dans un centre d'hébergement (C.E. Ass. Zaquin 7 mars 1958, Rec. p. 150);

— mutation d'office d'un fonctionnaire, sans formalités préalables (C.E. 17 juin 1964 : Délégué général en Algérie c/Yvanès (Rec. p. 336);

— suspension de l'application des prescriptions prévoyant la consultation des Comités techniques paritaires, dans la Fonction publique (C.E. 9 mai 1958 Ass. Union générale des fédérations de fonctionnaires, Rec. p. 264);

— décision mettant fin au mandat des représentants du personnel élus ou délégués au titre des organisations affiliées à l'Union générale des syndicats algériens ou à la C.G.T. et pourvoyant provisoirement à leur remplacement (C.E. Ass. 9 mai 1958 Confédération Générale du Travail et Union Générale des Fédérations de Fonctionnaires, Rec. p. 265).

— mise en position de congé d'expectative pour les fonctionnaires algériens (C.E. 18 juin 1958, Union Générale des Fonctionnaires, Rec. p. 357).

— privation de l'exercice d'un droit civique fondamental à l'encontre d'un citoyen seulement inculpé et non condamné, par l'interdiction dans les départements algériens de l'enregistrement de sa candidature à une élection (C.E. Ass. 27 mai 1960 Lagaillarde, Rec. p. 369);

— institution de tribunaux d'exception (cours martiales) pour juger de certains crimes en relation avec les événements d'Algérie (C.E. 13 novembre 1964, Starile Rec. p. 530);

— atteinte à la liberté d'aller et de venir et au libre choix de son défenseur par le prévenu (C.E. 21 février 1964, Rec. p. 164 Manville).

• En revanche, ont été annulées certaines dispositions, pour vice de forme, inexactitude matérielle des faits, ou parce qu'elles n'étaient pas comprises dans l'objet de la loi :

— vice de forme : c'est le cas du défaut de contreseing (C.E. 9 mai 1958, Union Générale des Fédérations de Fonctionnaires, Rec. p. 264), ou du non-respect des formes prévues par le législateur (C.E. Ass. 7 février 1958, Syndicat des propriétaires de forêts de chênes-liège d'Algérie et autres, Rec. p. 74, D.J.D.A. 1958 II p. 130 concl. Grévisse : une disposition portant atteinte au principe

d'égalité devant les charges publiques ne peut être prise que par la loi ou par un décret intervenu dans le cadre des pouvoirs conférés au Gouvernement à cet effet par la loi et dans les formes prescrites par celle-ci);

— inexactitude matérielle des faits motivant une assignation à résidence : l'autorité administrative n'est pas tenue de motiver la décision par laquelle elle prononce l'assignation à résidence, puisqu'il s'agit d'une mesure préventive de police et non d'une sanction. Mais à partir du moment où elle invoque un motif précis et positif, le juge se reconnaît le droit d'en contrôler l'exactitude et, à cet effet, de lui demander toutes précisions et justifications. Si l'administration refuse de les fournir, les faits sont considérés par le juge comme matériellement inexacts (cf. supra : modalités techniques du contrôle).

Dans l'affaire « Grange » (23), le requérant avait été assigné à résidence en raison de « son activité subversive au sein du parti communiste algérien », activité que l'administration prétendait établir par divers éléments. Devant les protestations énergiques du requérant, le juge demanda que lui soient communiqués les éléments ayant motivé la décision, mais se heurta au silence de l'autorité administrative. Le Conseil d'Etat en conclut que, aucune précision ou justification à l'appui du motif n'ayant été fournie, celui-ci devait être regardé comme reposant sur des faits matériellement inexacts.

L'Administration aurait pu se borner à déclarer que l'ancienne affiliation du requérant au parti communiste clandestin le rendait dangereux pour l'ordre public, fait que l'intéressé ne contestait pas. Ce motif aurait suffi à justifier l'assignation à résidence, car le juge, on le sait, se refuse à contrôler, en présence d'un texte exceptionnel élargissant les pouvoirs de police, si la qualification des faits est « de nature à porter atteinte à l'ordre public » et se contente de vérifier si les faits « ne sont pas étrangers au champ d'application de la loi » (cf. arrêt dame Bourokba, précité). Mais ayant invoqué un motif « positif et actuel » (24), le juge se devait d'en vérifier l'exactitude matérielle, en demandant le cas échéant, des précisions à l'autorité administrative.

— mesure non comprise dans l'objet de la loi : le transfert aux tribunaux administratifs de la connaissance des litiges relatifs à

(23) C.E. Ass. 30 janvier 1959, Rec. p. 85 concl. Chardeau ; A.J.D.A. 1959.II p. 23, chr. Combarrous et Galabert.

(24) Concl. Chardeau.

la fixation de l'indemnité d'expropriation, connaissance qui, selon la législation en vigueur, relève de la compétence des tribunaux judiciaires, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet l'accélération de la mise en valeur des terres par l'irrigation et excède les pouvoirs généraux conférés au Gouvernement par l'article 1^{er} de la loi du 16 mars 1956 (C.E. Ass. 19 février 1960, Fédération algérienne des Syndicats de défense des irrigants, 2 arrêts, Rec. p. 129 et 130).

Ces quelques exemples prouvent, si besoin en était, que le contrôle juridictionnel existe et s'exerce effectivement, ainsi qu'il a été démontré en première partie. Mais, à y regarder de plus près, la satisfaction éprouvée sur le plan juridique parvient assez mal à cacher un certain scepticisme, en ce domaine, quant à la force et la valeur des résultats obtenus par l'action du juge. D'une part, en effet, les annulations interviennent pour des raisons secondaires, sur des points de procédure ou de détail : défaut de contreseing, non-respect des formes, maladresse dans l'administration de la preuve, transfert de compétences d'un ordre de juridictions à l'autre (25). On objectera, certes, que le moyen d'annulation importe peu puisqu'on parvient au même résultat, savoir l'annulation de la mesure litigieuse. C'est oublier qu'il suffit alors à l'Administration de mettre les formes pour acquérir une liberté d'action à peu près totale, puisque le juge se refuse à contrôler la qualification des faits et, à plus forte raison, l'opportunité de la mesure. S'interdisant de rechercher si les faits sont de nature à justifier la décision, il contrôle seulement si celle-ci n'est pas étrangère au champ d'application de la loi.

Quoi de plus facile que d'apposer des signatures manquantes, d'adopter un décret en Conseil des Ministres, de prendre appui sur le maintien de l'ordre et de reprendre en toute quiétude une décision identique, le juge ayant précisément dit ce qu'il convenait de faire pour qu'elle ne fût plus censurée ! A cet égard, l'arrêt « Grange » (précité), bien que réalisant un progrès certain, par l'extension du « contrôle minimum » au contentieux des assignations à résidence, n'est pas sans comporter quelque danger cependant, car l'annulation de la décision d'internement apparaît moins comme le résultat d'un véritable contrôle que comme le fruit d'une maladresse de l'Administration. Mieux, d'un certain côté, on peut considérer une telle jurisprudence comme une prime à la ruse ou à

(25) On envisage ici, il faut le répéter, le résultat pratique du contrôle juridictionnel, qui n'est pas toujours proportionnel à l'importance des problèmes juridiques, tant s'en faut.

l'artifice, car les autorités administratives, fortes de ces leçons, sauront faire preuve d'imagination pour trouver des motifs « légaux », voire des prétextes, à leurs décisions, lorsque les textes qui fondent leur compétence sont si généraux.

Enfin, même lorsque la décision est positive et définitive, on constate le plus souvent qu'elle sanctionne la violation d'un principe juridique, non l'atteinte véritable à la liberté ou au droit. Piètre consolation, à la vérité, pour celui qui fait l'objet d'une expropriation, que de savoir qu'une indemnité lui sera accordée par le juge judiciaire et non par le juge administratif. Quand bien même, ce qui n'est d'ailleurs pas prouvé, le juge judiciaire se montrerait plus généreux que le juge administratif, il n'empêche que le propriétaire préférerait ne pas être dépossédé injustement, ou, tout au moins, voir contrôler positivement par le juge que la décision d'expropriation entre effectivement dans le champ d'application de la loi. Mais cela, le juge ne l'examine pas : il préfère rester prudemment sur le terrain, plus sûr et moins dangereux, de la compétence.

Certes, le juge n'est pas seul responsable de cette situation. Si larges et si généraux sont les termes de la loi, qu'il est réduit à la portion congrue ; dans le festin de la légalité, il n'a que des miettes à se mettre sous la dent. Du moins voudrait-on le voir montrer plus d'appétit, au lieu de cette sorte d'anorexie dans le contrôle qui lui fait pratiquement reconnaître comme discrétionnaires les mesures prises sous les régimes exceptionnels. On conçoit que ses pouvoirs soient plus réduits, mais l'on conçoit aussi qu'il recherche si les faits allégués par l'autorité administrative sont de nature à justifier la décision. Il ne faut pas s'étonner, dès lors, que le contrôle juridictionnel ne soit pas plus efficace en pratique, lorsqu'il porte sur les mesures prises dans le cadre de l'article 16.

Par. 5. - Régime des pouvoirs exceptionnels de l'article 16.

Comme il a été dit dans la première partie (Titre I), nombreux sont les problèmes juridiques posés par la mise en application et la durée de l'article 16 de la Constitution de 1958. On sait comment le juge les a résolus en opérant, à l'intérieur des actes juridiques intervenus durant cette période, une distinction entre les actes ayant valeur législative et les actes réglementaires. On sait aussi que, si cette distinction traduit le désir du juge administratif de s'affirmer le garant des libertés publiques (supra), cette espérance ne s'est pas réalisée dans les faits, le juge faisant des tex-

tes une interprétation très large contrastant avec la protection de principe qu'il accorde aux libertés.

Ce constat de carence apparaît avec une douloureuse et dramatique netteté lorsque l'on met en regard la jurisprudence du Tribunal des Conflits et celle du Conseil d'Etat, à propos de mesures d'assignations à résidence. Ces jurisprudences ont fait l'objet d'études séparées en première partie, et l'on se contentera ici de noter ici les conclusions qui se dégagent de leur confrontation.

§ 1) Plusieurs « hôtes » forcés du centre de séjour surveillé de Saint-Maurice-l'Ardoise intentèrent, après leur libération, des recours contre les décisions les assignant à résidence. Certains, voulant obtenir réparation du préjudice subi, saisirent la juridiction judiciaire, en se fondant sur la théorie de la voie de fait et l'article 136 du Code de procédure pénale. S'ensuivit une procédure de conflit qui trouva sa solution dans l'arrêt « Clément » du 16 novembre 1964 (26).

Interprétant strictement l'article 136 C.C.P., le Tribunal des Conflits estime tout d'abord que la réparation du dommage était subordonnée à l'appréciation de la légalité de la décision d'internement, question préjudicielle relevant de la seule juridiction administrative. Ce n'est qu'après constatation de l'illégalité par le juge administratif que les tribunaux judiciaires seraient compétents pour statuer sur la demande de réparation, que celle-ci soit dirigée contre l'agent public ou contre la personne morale de droit public, sauf évidemment en cas de voie de fait.

Mais précisément, le régulateur des compétences, interprétant largement les dispositions de l'article 16 de la Constitution — les termes mêmes de l'article 16 lui imposant une interprétation extensive — et des décisions du Président de la République, habilitant le Ministre de l'Intérieur à prendre des mesures administratives d'assignation à résidence, se refusa à voir dans celles-ci des voies de fait. L'étendue des pouvoirs conférés au Président de la République en vertu de l'article 16 empêche le juge d'exercer un contrôle sérieux sur les mesures restrictives de la liberté individuelle. Dès lors, « les décisions prises à l'encontre du sieur Clément, quels que soient les vices dont elles pouvaient être entachées, ne sauraient constituer une voie de fait » et « leur exécution n'a pas présenté

(26) Rec. p. 796 ; A.J.D.A. 1965 pp. 156 et 221 ; J.C.P. 1965.II.14286 note Langavant ; G.P. 1965.I p. 64 ; R.A. 1965 p. 265 note Bretton ; D. 1965 p. 668 note Demichel.

non plus un tel caractère ». Les circonstances dans lesquelles interviennent les mesures prises en application de l'article 16 constituent par elles-mêmes une excuse absolutoire couvrant tous les vices.

L'interprétation de l'article 136 consacre une évidence sur le plan juridique, et sur le plan pratique, une prépondérance de fait du juge administratif. En effet, comme l'a montré M. Demichel, la règle de l'interprétation utile, selon laquelle le juge doit toujours rechercher la volonté cohérente et positive du législateur, n'est pas respectée en cette hypothèse. L'article 136 énonce une « compétence exclusive » du juge judiciaire, mais l'interprétation du Tribunal des Conflits aboutit à une compétence partagée. Si l'internement prétendu arbitraire se fonde sur une décision juridique préalable, seul le juge administratif pourra en apprécier la légalité. S'il n'y a pas de décision préalable, la compétence judiciaire ne sera exclusive qu'en cas de voie de fait, et l'article 136 n'affirme rien que l'on ne sache déjà, sans compter le rôle positif joué par l'Administration ou le juge administratif dans la détermination des cas de voie de fait (cf. 1^{re} partie).

Mais, au fond, ces considérations juridiques importent peu pour le requérant : pour lui seule compte la réparation, et non la juridiction qui la lui accordera. Certes, ce renvoi d'un ordre de juridiction à un autre est gênant et lui fait perdre beaucoup de temps. Mais on laissera de côté, pour l'instant, cet aspect de la question et l'on supposera que, le cœur content et plein d'espoir — si cela lui est encore possible —, fort de la jurisprudence du Tribunal des Conflits, il s'adresse à la juridiction administrative pour faire prononcer l'illégalité de la décision d'internement prise à son encontre. Cela fait, il retournera devant la juridiction judiciaire pour que lui soit enfin accordée la réparation pécuniaire à laquelle il aspire.

§ 2) Le malheur, c'est que la juridiction administrative a semblé, dans un premier temps tout au moins, renoncer, elle aussi, à sa compétence. Certains camarades d'infortune et de détention du sieur « Clément » en ont fait la triste expérience. Dans deux arrêts du 13 novembre 1964 : « Ministre de l'Intérieur contre sieur Livet » (27) et « Ministre de l'Intérieur contre sieur Rocher » (28),

(27) Rec. p. 534 ; D. 1965 p. 668 note Demichel ; J.C.P. 1965.II.14286 note Langavant.

(28) A.J.D.A. 1965 p. 228 et note pp. 221-222.

le Conseil d'Etat a rejeté les recours intentés contre la décision présidentielle du 29 septembre 1961 et les arrêtés ministériels d'assignation à résidence.

Plus que la décision de rejet elle-même, c'est la manière dont elle est intervenue qui est significative. Or, à cet égard, on constate que le juge ou bien refuse de recevoir le moyen, ou bien le rejette sans l'examiner au fond. Là encore, on retrouve, de sa part, en raison des circonstances, une interprétation extensive des textes augmentant les pouvoirs des autorités publiques : la présomption s'exerce en sens contraire.

En ce qui concerne la décision du 29 septembre 1961, le juge administratif applique la jurisprudence « Rubin de Servens » (29). La décision du 29 septembre maintient en vigueur les dispositions de celle du 24 avril 1961 qui avait trait à des mesures administratives restrictives de la liberté individuelle et portait donc sur des matières législatives, en vertu de l'article 34 ; elle présente elle-même, par conséquent, le caractère d'un acte législatif et « il n'appartient pas au juge administratif d'en connaître ». Sur le plan juridique, cette solution s'imposait, le Chef de l'Etat disposant de tous les pouvoirs publics, législatifs et réglementaires.

Mais on peut s'interroger sur la valeur de cette prorogation lorsque l'article 16 cesse d'être en vigueur (ce qui fut le cas dès le 30 septembre 1961 à minuit). Dans ses conclusions sur l'arrêt « d'Oriano » (30), le Commissaire du Gouvernement Bernard a admis, suivi par le Conseil d'Etat, que les décisions à portée générale n'étaient pas abrogées de plein droit à l'expiration de la période exceptionnelle et conservaient leur force juridique jusqu'à abrogation expresse. Une telle position n'est pas sans dangers, sur le plan juridique comme sur le plan pratique. Juridiquement, comment des actes qui sont intervenus en application d'une procédure exceptionnelle pourraient-ils conserver de plein droit leur force, lorsque le texte qui leur sert de base légale a cessé d'être applicable ? Il est possible que l'autorité administrative juge indispensable de maintenir en vigueur tel ou tel de ces actes, mais cela devrait être stipulé expressément et s'inscrirait dans le cadre de la légalité « normale », si l'on peut dire (telle est l'opinion de M. A. Demichel). Sinon, en pratique, il n'y aura plus aucune limite à cette extension, dans le temps, des pouvoirs exceptionnels.

(29) précité.

(30) A. DEMICHEL, note précitée.

Les faits, d'ailleurs, ont été bien près de donner corps à cette crainte. La décision du 29 septembre 1961 prolongeait jusqu'au 15 juillet 1962 les effets de celle du 24 avril 1961 ; une ordonnance du 13 juillet 1962 a ensuite prorogé la durée d'application de la décision du 29 septembre 1961 jusqu'au 31 mai 1963, 24 avril 1961, 29 septembre 1961, 13 juillet 1962 : de prorogation en prorogation, pourquoi ne pas concevoir que les effets de la première décision s'appliquent encore dans cinq ou dix ans ? Il serait plus raisonnable de « présumer caduques de telles décisions » (30) dès lors que cesse l'application du texte qui leur sert de base légale.

Restent alors les mesures individuelles d'application de ces décisions, contre lesquelles des recours peuvent être intentés. Mais, là encore, les constatations qui s'imposent à la lecture de l'arrêt « Livet » sont les mêmes que celles qui se dégagent de la jurisprudence relative à l'état de siège, l'état d'urgence ou les pouvoirs spéciaux. En période anormale le juge se comporte comme si les pouvoirs des autorités administratives dépassaient le cadre de la loi pour s'exercer d'une manière quasi-discrétionnaire. La présomption s'exerce en faveur des restrictions à la liberté, et non en faveur de la liberté elle-même. En temps ordinaire, la liberté est la règle, la limitation l'exception ; en période exceptionnelle, le principe inverse tend à prévaloir et le juge accentue cette inversion par une interprétation des textes extensive et défavorable aux libertés.

Les arguments avancés pour rejeter le moyen tiré de l'inexactitude matérielle des faits tombent comme autant de couperets. Le ministre avait estimé que le requérant devait être assigné à résidence « en raison de son attitude et de ses fréquentations », formule vague et imprécise s'il en est. N'importe quel individu vivant en société a fatalement une « attitude » et des « fréquentations ». Bien sûr, dira-t-on, mais ces fréquentations encourageaient la subversion. C'est possible, encore que l'on puisse se demander si une attitude et des fréquentations suffisent en elles-mêmes à encourager une subversion ; mais, alors, que le juge exerce son contrôle sur l'existence matérielle et juridique de cette attitude et ces fréquentations, qui sont les motifs de la décision !

Or, estime le Conseil d'Etat, « ni l'appréciation à laquelle s'est livrée le Ministre de l'Intérieur, ni l'opportunité de l'assignation à résidence de l'intéressé, ne peuvent être discutées devant le juge administratif ». Encore faut-il que l'existence matérielle des motifs de la décision soit établie et que ceux-ci puissent lui servir de base légale. Même cela, le juge se refuse à le vérifier, dès lors

que la preuve de l'inexactitude matérielle des faits n'est pas fournie par le requérant. Mais comment celui-ci pourrait-il apporter une telle preuve ? Outre qu'une attitude ou des fréquentations traduisent un état d'esprit, un comportement, c'est-à-dire quelque chose d'abstrait par essence, il est à peu près impossible de prouver qu'ils ne constituent pas un encouragement à une entreprise de subversion. On ne peut prouver un fait négatif que par l'établissement d'un fait contraire, positif et simultané. Un suspect démontre qu'il ne se trouvait pas à tel endroit en prouvant qu'il se trouvait à tel autre, mais ce faisant, il établit un fait positif : sa présence à un endroit, et non le fait négatif de son absence à l'autre. En l'espèce le sieur Livet ne pouvait établir que des présomptions, et non une véritable preuve (31).

Toujours est-il que suivant la jurisprudence « Livet », le requérant voit son recours devant la juridiction administrative rejeté. Si la décision intervient dans le domaine législatif, le juge refuse d'en connaître ; s'il s'agit d'une mesure réglementaire ou individuelle d'application, il renonce à en examiner la légalité. A quoi bon renvoyer le requérant, comme le fait le Tribunal des Conflits, devant la juridiction administrative, puisque celle-ci estime ne pas pouvoir se prononcer sur l'illégalité. Une juridiction incompétente renvoie la victime devant une juridiction qui renonce à sa compétence : la situation prêterait presque à rire, si une chose aussi grave que la liberté de l'individu n'était en jeu. A la vérité, cette lacune dans le contrôle juridictionnel est inquiétante pour les libertés publiques : la voie de fait est exclue, inexistante l'appréciation de la légalité de la mesure administrative, et impossible la réparation. Ce vêtement juridique dont s'affublent les actes les plus arbitraires est un germe de mort pour les libertés.

Certes, la généralité des textes et l'ampleur de la délégation de pouvoirs consentie aux autorités publiques par la législation sur l'état de siège, l'état d'urgence, les pouvoirs spéciaux, et par l'article 16, constituent une excuse pour le juge. Mais est-ce une excuse absolutoire et ne devrait-il pas chercher plutôt à maintenir envers et contre tout, dans le contrôle, une présomption favorable aux libertés ? Il sait l'appliquer, à l'occasion, et son rôle on l'a vu, est loin d'être négatif, bien au contraire. Certes encore, l'étendue et

(31) Dans une affaire assez proche, le Tribunal administratif de Paris avait semblé faire preuve de plus de libéralisme (30 septembre 1963, *De Crémiers*, J.C.P. 1964.II.13577 note *Debbasch*). Mais on ne pourrait en tirer d'autres conséquences, car la rédaction de l'arrêt « Livet » est assez elliptique et ne paraît pas irréprochable.

l'imprécision des textes autorisent l'Administration à atteindre les suspects avant même qu'ils soient devenus des contrevenants, ce qui entraîne une substitution de l'administrateur au juge pour précéder ou corriger le jugement de celui-ci (32), mais le recours juridictionnel est toujours possible et la victime voudrait ne pas se heurter à une sorte de renoncement implicite, ou en tout cas, à une réticence, qui transparait à travers une soumission, plus ou moins forcée, aux circonstances et un contrôle exercé du bout de la plume.

Heureusement dans deux arrêts plus récents (33), la Haute Juridiction semble s'être départie de sa réserve en faisant application de la jurisprudence « Barel » et « Grange » relative à l'administration de la preuve, à propos d'arrêtés d'assignation à résidence pris en application des décisions des 24 avril et 29 septembre 1961. Dans l'arrêt « Magne de la Croix », le Ministre avait fondé sa décision sur l'appartenance du requérant au groupe « O.A.S. 87 », ce que le suspect contestait formellement. Pressé de fournir des précisions ou justifications, le ministre garda le silence, et dans ces conditions, le juge en conclut qu'il « n'a pas apporté la preuve de l'exactitude matérielle des faits qui lui incombait ». L'arrêt « Magne de la Croix » a reçu confirmation, à peu près mot pour mot, dans l'arrêt du 22 avril 1966 « Ministre de l'Intérieur contre sieur Mony ».

Il est donc possible désormais, à la lumière de cette jurisprudence, de corriger quelque peu la sévérité de la critique qui semblait devoir s'imposer à la lecture des arrêts « Livet » et « Rocher ». En réalité, dans tous ces arrêts, qu'il s'agisse des affaires « Livet », « Rocher », « Magne de la Croix » ou « Mony », le juge a adopté une attitude identique et exercé le « contrôle minimum » sur les décisions d'internement administratif, par application des règles relatives à la preuve. Le juge apprécie au vu du dossier si les faits sont ou non établis en leur existence matérielle, mais la charge de la preuve n'incombe plus au requérant. Tout dépendra donc en pratique de l'attitude dudit requérant et de la réponse du ministre : il suffit à l'un et à l'autre d'apporter des éléments de preuve qui permettront au juge de statuer en conscience, en inter-

(32) Cf. E. LANGAVANT : note sous arrêts Clément et Livet précités, J.C.P. 1965.II.14286.

(33) C.E. 13 juillet 1965, Magne de la Croix, D.A. 1965 n° 344 ; C.E. 22 avril 1966, Ministre de l'Intérieur c/ Mony, précité.

prêtant les silences ou les réticences de chacun. La position du juge varie selon l'apport et la consistance des éléments de preuve (34).

Néanmoins, pour louable qu'elle soit, cette jurisprudence n'est pas sans danger lorsqu'elle intervient dans le domaine du maintien de l'ordre public ou en période de crise. Lorsque les pouvoirs des autorités administratives sont très étendus, on ne peut s'empêcher de penser que ce contrôle peut apparaître à certains égards comme l'exploitation d'une erreur ou d'une maladresse de l'Administration, à laquelle il aurait peut-être suffi d'invoquer un motif plus général, ou de donner suite à la demande de précisions ou de justifications formulée par le juge, pour que la décision fût considérée comme légale. Condamner une autorité administrative qui a fondé sa décision sur un motif précis lorsqu'un motif général peut suffire, n'est-ce pas la pousser indirectement, dans l'avenir, à invoquer davantage encore les fréquentations et l'attitude des suspects, ou le danger qu'ils causent à l'ordre public ? Là se trouve le danger, et toute la vigilance du juge sera nécessaire pour que la portée de cette jurisprudence ne se trouve pas réduite.

Il reste que, là encore, le législateur est sans conteste la cause directe de la réserve manifestée par le juge en période anormale comme il l'est également de cette autre forme d'atteintes aux libertés que constitue l'institution de juridictions exceptionnelles, sous le prétexte du maintien d'un ordre public déguisé sous la notion de sûreté de l'Etat.

Section II

LES JURIDICTIONS EXCEPTIONNELLES (35)

Par. 1. - Historique.

De tout temps, l'existence de périodes troublées a entraîné une floraison de règles et de techniques pénales exceptionnelles, consacrant en pratique la naissance d'un droit d'exception dans le

(34) Sur ce problème de la preuve, voir notes sous les arrêts du 22 avril 1966, à la Revue administrative p. 277 (note Liet-Veaux) et au Dalloz 1966 p. 504. Voir également : concl. Galmot in R.D.P. p. 584.

(35) Dans l'optique de cette étude, l'expression « juridictions exceptionnelles » recouvre, bien entendu, non les « juridictions d'exception » de l'organisation du système judiciaire français (tribunaux d'instance, conseils de prud'hommes, tribunaux de commerce, tribunaux paritaires des baux ruraux...) mais les juridictions créées de toute pièce en période exceptionnelle pour connaître de certaines atteintes à l'ordre public.

domaine de la répression, depuis les « duumviri perduellonis », le « defensor civitatis » ou les « magistri militum » de la période romaine jusqu'aux juridictions d'exception de l'Ancien Régime, civiles, militaires, maritimes, ecclésiastiques ou seigneuriales.

I. — *Sous la Révolution et l'Empire* naquirent successivement un tribunal d'exception (loi du 5 mars 1791), des cours martiales (lois des 29 octobre 1790, 16 et 17 mai 1792), un tribunal militaire extraordinaire (loi des 9 et 10 mars 1793), un tribunal révolutionnaire (décret du 29 octobre 1793) des conseils de discipline et des conseils martiaux (loi du 16 nivôse an II), des commissions militaires (décret du 28 mars 1793), des conseils militaires (décret du 17 septembre 1795), les conseils de guerre (loi du 13 brumaire an V), des tribunaux spéciaux (loi 18 pluviôse an IX), un tribunal spécial (décret du 22 juillet 1806), un tribunal maritime (décret du 12 novembre 1806).

II. — Loi du 20 décembre 1805 rétablissant les cours prévôtales, loi du 9 août 1849 instituant l'état de siège juridique, loi du 9 juin 1857 portant code de justice militaire, loi du 13 janvier 1858 créant le code de justice maritime, décret du 12 octobre 1870 créant des cours martiales : malgré d'assez longues périodes de calme, règles et techniques pénales exceptionnelles se succèdent durant le 19^m^e siècle chaque fois que s'en fait sentir la nécessité.

Pendant la première guerre mondiale, un décret du 6 décembre 1914 crée des conseils de guerre spéciaux connus sous le nom de « cours martiales » et supprimés par la loi du 27 avril 1916. Par la suite parurent la loi du 9 mars 1928 réformant le code de justice militaire pour l'armée de terre, la loi du 13 janvier 1938, le modifiant pour l'armée de mer, les décrets des 30 octobre 1935 et 17 juin 1938 attribuant aux juridictions militaires une compétence accrue en matière d'infractions contre la sûreté de l'Etat, le décret-loi du 1^{er} juillet 1939 (pris dans le cadre de la loi du 11 juillet 1938) étendant les pouvoirs judiciaires attribués aux préfets par l'article 10 du Code d'instruction criminelle, le décret-loi du 29 juillet 1939 complétant le Code d'instruction criminelle, par l'attribution aux juridictions militaires de terre et de mer de la compétence pour les infractions contre la sûreté extérieure de l'Etat.

III. — *Durant l'occupation*, nombreuses furent les juridictions pénales d'exception à compétence exceptionnelle : Cour suprême de justice compétente à l'égard des gouvernants de la Troisième

République (acte constitutionnel du 30 juillet 1940), Cour martiale pour la sauvegarde de la Patrie (loi du 24 septembre 1940), juridiction spéciale chargée de juger certaines personnalités (loi du 27 janvier 1941), tribunaux spéciaux pour les actes d'agression (loi du 24 avril 1941), sections spéciales devant sanctionner les actes anarchistes (loi du 14 août 1941), Tribunal d'Etat à compétence très large (loi du 7 septembre 1941), Cour criminelle chargée de réprimer le « marché noir » (loi du 21 mars 1942), Cours martiales pour la répression du terrorisme (loi du 20 janvier 1944), Cours criminelles extraordinaires, pour les actes de terrorisme (lois des 1^{er} février, 14 mai et 15 juin 1944), Tribunaux de maintien de l'ordre (loi du 15 juin 1944).

IV. — Toutes ces juridictions furent supprimées à la *Libération* par l'ordonnance du 9 août 1944, portant rétablissement de la légalité républicaine, mais d'autres naquirent aussitôt : la Haute Cour de Justice, créée par l'ordonnance du 18 novembre 1944 (modifiée par l'ordonnance du 18 janvier 1945 et les lois des 27 décembre 1945, 19 avril 1948, 3 mars 1954, 22 novembre 1955); les Cours de justice, créées par les ordonnances des 6 juillet et 14 septembre 1944 (auxquelles s'est substituée l'ordonnance du 28 novembre 1944 modifiée par la loi du 14 décembre 1945) et supprimées par la loi du 31 décembre 1950 ; Chambres civiques, réprimant le crime d'indignité nationale, instituées par l'ordonnance du 28 août 1944, remplacée par celle du 26 décembre 1944 ; Chambres correctionnelles économiques, connaissant des infractions aux prix, nées de l'ordonnance du 28 août 1944. A cela on peut ajouter la loi du 4 octobre 1946 conférant au Ministre du Ravitaillement la compétence de police judiciaire attribuée aux préfets, et l'ordonnance du 28 août 1944 étendant la compétence des juridictions militaires à la répression des crimes de guerre et des crimes connexes.

V. — Sous la *IV^{me} République*, ces juridictions pénales ne furent pas rétablies ; seules demeurèrent les juridictions militaires. Le décret du 22 septembre 1953 a opéré la fusion des juridictions militaires et maritime en créant les « Tribunaux permanents des Forces Armées ». Par ailleurs, la loi du 16 mars 1956 sur les pouvoirs spéciaux, donnait au Gouvernement compétence législative en matière pénale.

En application de ce texte furent pris différents décrets édictant des règles pénales exceptionnelles (36) ou créant certaines

(36) Décret n° 56-268 du 16 mars 1956 ; décret du 7 avril 1959 ; décret du 12 février 1960 modifié par celui du 30 mai 1960 et par l'ordonnance du 24 août 1960, attribuant certains pouvoirs judiciaires à des autorités administratives ; décret n° 56-274 du 16 mars 1956.

juridictions (37). Quant au Code de procédure pénale, fruit de la loi du 31 décembre 1957 et de l'ordonnance du 23 décembre 1958, il maintient en vigueur les dispositions des lois du 9 août 1849 et 3 avril 1878 relatives à l'état de siège, 11 juillet 1938 sur l'organisation de la Nation en temps de guerre, du décret du 1^{er} juillet 1939 instituant un état d'urgence.

VI. — Enfin, sous la V^{me} République, ont été édictées également de nombreuses règles et techniques pénales exceptionnelles, tant par le Gouvernement que par le Président de la République.

A) Le Gouvernement a agi dans le domaine pénal en vertu de ses pouvoirs intérimaires et de ses pouvoirs délégués :

1. - Exerçant le pouvoir législatif dans le cadre des pouvoirs intérimaires qu'il tenait de l'article 92 de la Constitution, le Gouvernement a créé trois régimes exceptionnels en matière pénale.

— l'un découle de l'ordonnance n° 58-921 du 8 octobre 1958 (38) autorisant les juridictions militaires à connaître de tous faits commis postérieurement au 30 octobre 1954 en vue d'apporter une aide directe ou indirecte aux rebelles des départements algériens ;

— le deuxième est dû à l'ordonnance n° 59-147 du 7 janvier 1959 (39) portant organisation générale de la défense ;

— le troisième résulte de l'ordonnance n° 58-1296 du 23 décembre 1958 (40) modifiant et complétant le Code de procédure pénale, et répartissant la compétence pénale entre les juridictions militaires et maritimes pour le jugement des crimes et délits contre la sûreté de l'Etat, dans les conditions fixées par le Code de procédure pénale et par les lois relatives à l'état de siège.

2. - En application de l'article 38 de la Constitution, la loi du 4 février 1960 a autorisé le Gouvernement à prendre certaines mesures relatives au maintien de l'ordre, à la sauvegarde de l'Etat, à la participation et à l'administration de l'Algérie. Différentes

(37) Décret du 18 mars 1962 instituant à titre provisoire une cour martiale à Alger et à Oran ; décret du 19 mars 1962 créant un tribunal de l'ordre public en Algérie.

(38) J.O. 9 octobre, p. 9231 ; D. 1958.L p. 338.

(39) J.O. 10 janvier, p. 691.

(40) D. 1959.L p. 63.

mesures pénales exceptionnelles sont ainsi intervenues par voie d'ordonnances :

— l'ordonnance n° 60-384 du 18 avril 1960 (41) stipule que les juridictions militaires peuvent être saisies selon la procédure de l'ordonnance du 8 octobre 1958 de tous les faits commis en relation avec les événements d'Algérie depuis le 30 octobre 1954 ;

— l'ordonnance n° 60-520 du 3 juin 1960 (42) et celle du 24 août 1960 (43) modifiaient les règles de compétence dans la délivrance du mandat de dépôt et supprimaient l'instruction préparatoire ;

— l'ordonnance n° 60-529 du 4 juin 1960 (44) modifiait en les aggravant certaines dispositions du Code pénal, du Code de procédure pénale et des Codes de justice militaire pour l'armée de terre et l'armée de l'air, et en matière d'atteintes à la sûreté de l'Etat, instituait une nouvelle répartition de compétences entre juridiction de droit commun et juridiction des Forces armées. Elle maintenait en vigueur les dispositions des ordonnances du 8 octobre 1958 et du 18 avril 1960, et du décret du 12 février 1960, confirmait les dispositions de valeur législative qu'elle n'abrogeait pas expressément, ainsi que les lois relatives à l'état de siège et à l'état d'urgence.

B. — De son côté, le *Président de la République* a pris un certain nombre de mesures en vertu de l'article 16 ou des pouvoirs référendaires.

1. - En application de l'article 16 ont été prises diverses décisions :

— la décision du 27 avril 1961 (45) instituait un Haut Tribunal Militaire appliquant des règles pénales exceptionnelles ;

— la décision du 3 mai 1961 (46) créait un Tribunal militaire à compétence exceptionnelle, connaissant des crimes et délits en relation avec les événements d'Algérie non déférés au Haut Tribunal ;

(41) J.O. du 24 avril, p. 3816 ; D. 1960.L p. 163.

(42) J.O. 4 juin, p. 5041 ; D. 1960.L p. 208.

(43) D. 1960.L p. 315.

(44) D. 1960.L p. 210.

(45) J.O. 28 avril, p. 3947 ; D. 1961.L p. 155.

(46) J.O. 4 mai, p. 4115 ; D. 1961.L p. 159.

— la décision du 4 mai 1961 (47) modifiait les règles ordinaires de procédure pénale ;

— la décision du 27 avril 1961 (48) limitait la liberté de la presse ;

— les décisions du 24 avril 1961 et du 29 septembre 1961 prorogeaient l'état d'urgence déclaré et appliqué par les décrets du 22 avril 1961 (49). Par ailleurs, la décision du 29 septembre 1961 maintenait l'existence du Haut Tribunal Militaire et du Tribunal militaire jusqu'à une date ultérieure qui serait fixée par la loi. Le Haut Tribunal Militaire fut supprimé par une ordonnance n° 62-598 du 26 mai 1962 (50) (cf. ci-dessous).

2. - Quant aux pouvoirs référendaires, ils ont permis au Président de la République de prendre plusieurs mesures dans le domaine pénal. Adoptée en application de l'article 11 de la Constitution par le référendum du 8 avril 1962, la loi n° 62-421 du 13 avril 1962 (51) autorisait le Président de la République à « arrêter par voie d'ordonnances ou selon le cas, de décrets pris en Conseil des Ministres, toutes mesures législatives ou réglementaires relatives à l'application des déclarations gouvernementales du 19 mars 1962 ».

Sont ainsi intervenues dans l'exercice des pouvoirs accordés par référendum :

— l'ordonnance n° 62-429 du 14 avril 1962 (52) modifiant certaines règles de procédure pénale pour les crimes et délits en relation avec les événements d'Algérie ;

— l'ordonnance n° 62-430 du 14 avril 1962 (53) modifiant et complétant la décision du 3 mai 1961 créant un tribunal militaire ;

— l'ordonnance n° 62-598 du 26 mai 1962 (54) supprimant le Haut Tribunal Militaire ;

(47) J.O. 5 mai, p. 4147 ; D. 1961.L p. 165.

(48) J.O. 28 avril, p. 3947 ; D. 1961.L.156.

(49) J.O. 23 avril, p. 3843 ; D. 1961.L p. 153.

(50) J.O. 27 mai, p. 5150 ; D. 1962.L p. 181.

(51) J.O. 14 avril, p. 3843 ; D. 1962.L p. 151.

(52) J.O. 15 avril, p. 3893 ; D. 1962.L p. 152.

(53) J.O. 15 avril, p. 3893 ; D. 1962.L p. 153.

(54) J.O. 27 mai, p. 5150 ; D. 1962.L p. 181.

— l'ordonnance n° 62-617 du 1^{er} juin 1962 (55) relative à la constitution de partie civile devant le tribunal militaire créé par la décision du 3 mai 1961. En outre était exclue la possibilité de transmettre à la Chambre criminelle de la Cour de Cassation les requêtes en révision des condamnations prononcées à raison des crimes et délits de toute nature commis en relation avec les événements d'Algérie « soit si la loi dispose qu'aucun recours ne peut être reçu contre la décision, soit si les moyens de la requête sont manifestement dépourvus de tout caractère sérieux » ;

— l'ordonnance n° 62-618 du 1^{er} juin 1962 (56) instituant une Cour militaire de justice ;

— l'ordonnance n° 62-707 du 29 juin 1962 (57) supprimant le Tribunal de l'ordre public institué par le décret du 19 mars 1962 (58) et modifiant la décision du 3 mai 1961 instituant un Tribunal militaire ;

— l'ordonnance n° 62-718 du 30 juin 1962 (59) établissant des Tribunaux des Forces Armées en Algérie et abrogeant certaines dispositions du décret du 12 février 1960 ;

— l'ordonnance n° 62-797 du 13 juillet 1962 (60) prorogeant jusqu'au 31 mai 1963 les dispositions des décisions du 24 avril 1961 étendant l'application de l'ordonnance du 7 octobre 1958, relative aux mesures à prendre à l'encontre des personnes dangereuses pour la sûreté publique, du 24 avril 1961 relative à la garde à vue, du 27 avril 1961 relative à certains écrits, ainsi que l'état d'urgence institué par les décrets du 22 avril 1961 (et prolongé jusqu'au 15 juillet 1962 par les décisions des 24 avril et 29 septembre 1961) ;

— l'ordonnance n° 62-1041 du 1^{er} septembre 1962 (61) relative à la procédure concernant certains crimes de nature à porter atteinte à la paix publique et dérogeant dans un sens restrictif, aux dispositions du Code pénal et aux dispositions législatives antérieures.

(55) J.O. 2 juin, p. 5315 ; D. 1962.L.186.

(56) J.O. 2 juin, p. 5316 ; D. 1962.L.186.

(57) J.O. 30 juin, p. 6341 ; D. 1962.L.209.

(58) J.O. 20 mars, p. 3038 ; D. 1962.L. p. 121.

(59) J.O. 3 juillet, p. 6441 ; D. 1962.L.210.

(60) J.O. 17 juillet, p. 7003 ; D. 1962.L.232.

(61) J.O. 2 septembre, p. 8602 ; D. 1962.L.304.

On sait comment le Conseil d'Etat, dans l'arrêt « Canal » du 19 octobre 1962, annula l'ordonnance du 1^{er} juin 1962 instituant une Cour Militaire de Justice, pour non respect des droits et garanties essentielles de la défense, en particulier à cause de la procédure et de l'exclusion de toute voie de recours (cf. 1^{re} partie). On sait également comment le législateur enleva toute portée à cette décision en créant une Cour de sûreté de l'Etat par la loi n° 62-22 du 15 janvier 1963, qui modifiait et complétait le Code de procédure pénale en vue de la répression des crimes et délits contre la sûreté de l'Etat. La loi n° 63-22 du 15 janvier 1963 (63) fixait la composition des règles de fonctionnement et la procédure de cette Cour et réaffirmait la légalité des ordonnances prises en vertu de la loi du 13 avril 1962 en stipulant (art. 50) qu'elles « ont et conservent force de loi à compter de leur publication ». Elle précisait de même (art. 53) que l'ordonnance du 1^{er} septembre 1962 demeurerait valable durant une certaine période (prévue à l'article 49 de la loi). Enfin la loi n° 63-138 du 20 février 1963 a complété celle du 15 janvier en stipulant : « le Tribunal militaire et la Cour Militaire de Justice seront provisoirement maintenus en fonctions pour le jugement de toute affaire faisant l'objet de débats ou de délibéré en cours à l'expiration du délai prévu à l'article 49 ; dans ce cas, le jugement ultérieur des accusés ainsi condamnés par défaut et qui auront formé opposition relèvera également de la compétence de ces mêmes juridictions » (64).

Par. 2. - Le défaut de protection des libertés.

Il serait superflu d'insister sur les dangers que la multiplicité des juridictions exceptionnelles et l'extension des règles de compétence au profit de celles-ci comme des juridictions ordinaires, font courir aux libertés publiques. Sous le paravent d'un appareil judiciaire destiné à calmer l'opinion, se cachent un déséquilibre sans cesse accentué entre l'ordre et la liberté et un affaiblissement, sinon une suppression, des garanties offertes à l'individu.

A cet égard, malgré sa longueur et sa sécheresse — et peut-être à cause d'elles —, le recensement effectué ci-dessus est particulièrement éloquent. En période troublée, et même en période normale

(62) 19 octobre 1962, Canal, Robin et Godot, Rec. p. 552 ; J.C.P. 1963.II.13068 note Debbasch ; A.J.D.A. 1962 p. 612, chr. de Laubadère ; R.A. 1962 p. 623, note Liet-Veaux.

(63) J.O. 16 janvier, p. 508 ; D. 1963.L.49.

(64) J.O. 21 février, p. 1723 ; D. 1963.L.68.

lorsque sont prolongées les dispositions mises en œuvre, tout individu opposé à la politique du Gouvernement peut être qualifié de dangereux pour l'ordre public, la défense nationale, la sécurité publique, et déféré à une juridiction exceptionnelle dont les pouvoirs répressifs sont tels que, quoi qu'il fasse, il risque d'encourir une condamnation. Et si d'aventure, il en échappe, ce sera pour être frappé, à la porte du prétoire, d'une mesure d'internement administratif, car tout est prévu pour réduire à quia les opposants ou les gêneurs.

Accélération de la procédure, aggravation des peines, imprécisions de la définition des infractions, atteintes au droit de la défense, à la sécurité individuelle, au droit de propriété, à la liberté d'expression, à la liberté de la presse, à la liberté de réunion, à la liberté du domicile ; il n'est aucune liberté qui ne puisse être violée... « Les circonstances que notre pays n'a cessé de vivre depuis 1939 ont multiplié les occasions d'instituer des juridictions extraordinaires ou des règles procédurales particulières, pour assurer une répression plus prompte et plus sévère des infractions qui mettent en péril la défense nationale, la structure de l'Etat ou son autorité », écrit M. A. Vitu (65).

Le problème de la juridiction exceptionnelle ou de la justice politique n'est pas simple, car il concerne des domaines dans lesquels le droit commun ne peut pas s'appliquer, pour diverses raisons. Il peut s'agir tout d'abord du caractère éminent du personnage qui est jugé : ainsi le Président de la République, en cas de haute trahison, et les ministres, sont jugés par la Haute Cour de Justice (art. 68 de la Constitution de 1958). Plus fréquemment, le dessaisissement de la juridiction de droit commun est lié à l'adaptation, réelle ou supposée, du juge au cas particulier, qu'il soit considéré comme trop passionné ou trop timoré. Enfin, les circonstances elles-mêmes, la nature du délit ou la personnalité du délinquant peuvent imposer un surcroît de sévérité justifiant la mise en œuvre de règles exceptionnelles.

Dès lors, le souci de la défense de la société ne permet plus au juge d'avoir recours à la procédure ordinaire, car l'équilibre entre l'ordre et la liberté se trouve rompu au détriment de celle-ci, en raison de la nouvelle définition de l'ordre public. Le juge doit alors établir un nouvel équilibre dans un sens limitatif des libertés, car il y a des moments où l'équilibre habituel entre l'intérêt particulier et l'intérêt public doit être rompu au profit de l'intérêt public.

(65) Jurisclasseur de procédure pénale, art. 697 à 706 C.P.P. commentaires, n° 2.

Ce n'est donc pas sur le plan des principes que peut porter la critique, car les événements peuvent justifier la sévérité des mesures prises. Mais les conséquences pratiques d'une telle situation apparaissent dangereuses pour les libertés, en ce sens que tout individu devient un suspect en puissance et dispose de moindres garanties pour sa défense. D'un côté, sa liberté, sa sûreté peuvent subir des atteintes beaucoup plus nombreuses, de l'autre les moyens de défense dont il dispose sont affaiblis. Les causes les plus fréquentes de violation des libertés sont, sur le plan concret, le dessaisissement des juridictions de droit commun (A) et l'instauration de règles de procédure sévères, expéditives ou restrictives (B).

A) *Le dessaisissement* : Les juridictions de droit commun admettent assez facilement leur dessaisissement, car le juge a le souci d'exercer sa fonction en toute sérénité et ne tient pas à être associé à une répression rigoureuse due, en partie ou en totalité, à des motifs politiques, et bénéficiant à un Gouvernement qui peut passer. Des prises de position trop sévères ou trop timides seraient de nature à compromettre l'autonomie de la juridiction.

Certes, quelle que soit sa liberté d'action, le juge applique un droit élaboré par le pouvoir politique, dont il prolonge l'action. La soumission du pouvoir de juger à la légalité définie par le pouvoir politique est inévitable en régime démocratique, d'autant plus que peut s'instaurer un décalage entre la lettre et l'esprit, entre le programme du pouvoir politique et la légalité qu'il élabore pour le réaliser. Mais l'on conçoit également que le juge cherche à se préserver d'un contact trop direct avec les réalités les plus « engagées » de l'action du pouvoir politique, en consentant à ce que certaines de ses fonctions, telles que la justice politique, ou les atteintes à la sûreté de l'Etat, soient confiées à des juridictions spécialisées ou spécialement créées. A chaque période troublée sont prises des mesures empiriques non seulement pour rétablir, autant que faire se peut, un certain équilibre entre l'ordre et la liberté, entre l'intérêt général et l'intérêt particulier, mais aussi pour ne pas accentuer l'instabilité de l'équilibre des rapports entre la Justice et la Politique.

En pratique, le dessaisissement, c'est-à-dire l'opération juridique par laquelle une autorité, juridictionnelle ou non, est dessaisie de sa compétence, en partie ou en totalité, au profit d'une autre juridiction ou d'une autre autorité, limite la protection des libertés dans la mesure où son initiative est laissée au choix du Gouvernement ou de la juridiction exceptionnelle elle-même. Or on constate que l'autorité militaire disposait du droit de revendication

des poursuites, c'est-à-dire du droit d'enlever une affaire à la connaissance des juridictions de droit commun, dans la quasi-totalité des cas énumérés ci-dessus, et en particulier :

— dans la loi du 9 août 1849 sur l'état de siège ;

— dans les décrets du 23 avril 1955 et du 17 mai 1958, pris respectivement en application des lois des 3 avril 1955 et 17 mai 1958 sur l'état d'urgence ;

— dans un des décrets du 17 mars 1956 pris en application de la loi du 16 mars sur les pouvoirs spéciaux, pour tout crime contre la sûreté de l'Etat ;

— dans l'ordonnance du 8 octobre 1958, complétée par celle du 18 avril 1960, relative à la répression des infractions commises en vue d'apporter une aide directe ou indirecte aux rebelles des départements algériens ;

— dans les décrets du 7 avril 1959 et 12 février 1960 codifiant les règles concernant les juridictions militaires d'Algérie et du Sahara ;

— dans les deux décisions présidentielles des 27 avril et 3 mai 1961 créant un Haut Tribunal Militaire et un Tribunal militaire pour juger les responsables d'actes de subversion en relation avec les événements d'Algérie.

En outre, l'ordonnance du 4 juin 1960, qui remaniait dans son ensemble la matière des atteintes à la sûreté de l'Etat, faisait entrer le dessaisissement, à titre permanent, dans le Code de procédure pénale (ancien article 699). Enfin la loi du 15 janvier 1963, créant la Cour de sûreté de l'Etat, a modifié le Code de procédure pénale, lequel dans l'article 698 alinéa 4 dispose que « l'action publique est mise en mouvement par le ministère public près la Cour de sûreté de l'Etat sur l'ordre écrit du Ministère de la Justice ». En d'autres termes, le Gouvernement est libre d'apprécier l'opportunité de la saisine de la Cour de sûreté et, faute d'injonction de sa part, les infractions contre la sûreté de l'Etat ainsi que celles qui sont réprimées par la loi du 10 janvier 1936 ne peuvent faire l'objet d'aucune poursuite ; hypothèse à peu près gratuite d'ailleurs, car en cas d'atteinte véritable à la sûreté de l'Etat, le Gouvernement préférera toujours soumettre les suspects à la juridiction exceptionnelle.

Quant aux infractions de droit commun par nature énumérées par l'article 698 al. 2 c C.P.P., elle peuvent être soumises aux juridictions répressives jusqu'à ce que le Ministre de la Justice donne

compétence à la Cour de sûreté de l'Etat. Dans ce cas, le défaut de protection de la liberté résulte de ce que l'individu, en cours de procédure, peut se voir transféré, par décision discrétionnaire du Ministre de la Justice, devant la Cour de sûreté de l'Etat. Si le dessaisissement, en effet, est préjudiciable aux libertés, c'est en raison de la plus grande rigueur manifestée par la juridiction exceptionnelle par rapport à la juridiction de droit commun.

B) La sévérité des règles de procédure.

Rien n'est plus vague que la notion « d'atteinte à la sûreté de l'Etat », de « subversion », et d'une façon générale, de « mobile politique ». Rien n'est plus variable non plus. On voit aussitôt le danger que l'imprécision de ce motif d'incrimination fait courir à l'individu, qui d'une part sera soumis à une procédure plus rigoureuse, et d'autre part éprouvera beaucoup de difficultés à prouver son innocence. C'est un fait bien connu que les juridictions exceptionnelles ont une compétence plus étendue que les juridictions de droit commun et statuent selon des règles exorbitantes du droit commun.

Simplification et accélération de la procédure, suppression des voies de recours, rétroactivité des incriminations, aggravation des peines, modification ou suppression de l'instruction préparatoire, allongement du délai de garde à vue, organisation d'une procédure de flagrance, suppression de l'examen au second degré en matière criminelle... toutes ces mesures restreignent considérablement les droits de l'individu.

Pour s'en tenir à la Cour de sûreté de l'Etat (66), on notera un certain progrès par rapport aux différents régimes qui se sont succédé de 1955 à 1962 en matière pénale exceptionnelle. Juridiction permanente et unique, elle vise à la fois l'efficacité et la légalité, dans la connaissance en temps de paix des crimes et délits contre la sûreté de l'Etat. Permanente, elle ne sacrifiera ni à l'improvisation ni à l'opportunité ; unique, elle évitera la disparité

(66 Voir :

- G. LEVASSEUR : « La cour de sûreté de l'Etat (lois du 15 janvier 1963) », G.P. 1963.I Doctr. pp. 26 et s.
- R. VOIN : « La cour de sûreté de l'Etat (lois du 15 janvier 1963) », J.C.P. 1963.I.1764.
- A. VITU : « Des crimes et délits contre la sûreté de l'Etat », Jurisclasseur de procédure pénale, commentaires des articles 697 à 706 du Code de procédure pénale.

entre les sentences de juridictions diverses et saura s'adapter aux différentes situations. D'autre part, le texte voté par le Parlement précise quelque peu l'étendue de sa compétence en affirmant qu'elle connaît des crimes et délits de droit commun lorsqu'ils sont « en relation avec une entreprise individuelle ou collective consistant ou tendant à substituer une autorité illégale à l'autorité de l'Etat ». Enfin, sauf dispositions contraires, la procédure appliquée par la Cour suit le droit commun de la procédure répressive et, en particulier, le pourvoi en cassation est possible.

Malgré cela, les restrictions aux droits et libertés restent importantes. La compétence de la Cour s'étend jusqu'aux mineurs de 16 à 18 ans, sauf lorsqu'ils sont seuls en cause au temps de l'action, ce qui se produira rarement car on conçoit mal qu'un complot contre la sûreté de l'Etat soit fomenté exclusivement par des mineurs de 16 à 18 ans. En outre, le délai de garde à vue, de 48 heures en principe, peut être porté, par deux prolongations successives, jusqu'à 10 jours et même atteindre 15 jours lorsque l'état d'urgence est déclaré, ce qui n'est pas sans risquer de porter atteinte à la liberté individuelle et aux droits de la défense, lorsque durant ce délai, le suspect est soumis à interrogatoire. Si l'on songe que l'interrogatoire est de pratique courante pendant la garde à vue, on déplorera que la loi du 15 janvier 1963 « n'ait pas distingué entre la garde à vue proprement dite et l'interrogatoire qui n'en est pas le complément nécessaire, mais au contraire, en gardant le silence sur cette distinction malgré l'évidence d'une pratique policière constante, ait renforcé encore une confusion qui interdit toute bonne solution du problème » (67).

Par ailleurs, les perquisitions sont autorisées de nuit comme de jour et peuvent être effectuées en tout lieu, c'est-à-dire chez tout individu présumé avoir participé à l'infraction ou détenir des éléments favorisant la manifestation de la vérité. De même est autorisée la saisie préventive d'objets, écrits, imprimés ou autres instruments susceptibles d'entraîner une divulgation d'un secret intéressant la défense nationale (art. 702 nouveau C.P.P.).

La détention préventive peut être prolongée sans limitation de durée et donc sans que le juge d'instruction soit obligé de la reconduire de quatre mois en quatre mois par une ordonnance spécialement motivée. Encore, lorsque l'état d'urgence est en vigueur, l'inculpé détenu ne peut-il être mis en liberté provisoire qu'avec l'accord du Ministère public. La Cour de sûreté dispose également de

(67) R. VOIN, art. cit., J.C.P. 1963.I.1764 n° 27 *in fine*.

la faculté de déclarer la mise en liberté provisoire avec assignation à résidence (art. 142 et R. 19 C.P.P.).

En ce qui concerne les voies de recours, l'appel contre la décision du juge d'instruction ordonnant le renvoi en jugement reçoit une limitation, en étant remplacé par un référé qui n'a d'autre but que de restreindre les effets de l'appel. De plus, aucune voie de recours particulière n'est ouverte contre les décisions de la Chambre de contrôle de l'instruction, ni contre celles du Président de la Cour. Seules sont prévues trois voies de recours d'application générale contre l'arrêt de la Cour proprement dit : l'opposition, le pourvoi en cassation, la demande en révision. On sait l'intérêt que la question du pourvoi en cassation avait suscité dans l'opinion publique lors de l'affaire « Canal », à propos de certaines sentences rendues par des juridictions d'exception. Bien que la Cour de Cassation exerce seulement un contrôle de légalité, et encore avec une grande prudence, c'est un progrès indéniable qu'a réalisé la loi du 15 janvier 1963, en prévoyant la possibilité d'un contrôle par des magistrats supérieurs.

Si l'on observe enfin un certain particularisme dans le déroulement de la procédure, tel le secret concernant la marche des poursuites et de l'instruction pour les infractions de trahison, d'espionnage et autres atteintes à la défense nationale, on voit que, quels que soient les progrès réalisés par rapport aux situations antérieures, nombreux sont encore les dangers que court le suspect à partir du moment où il est inculpé d'atteinte à la sûreté de l'État. Certes, l'intervention du législateur a été, dans une certaine mesure, bénéfique, puisque la loi du 15 janvier 1963 se montre plus libérale que les textes pris, durant les quatre années précédentes, par le Gouvernement ou le Président de la République, dans le domaine législatif et ce, d'autant plus qu'elle en abroge toutes les dispositions contraires ; en particulier, elle met fin à l'ordonnance du 1^{er} septembre 1962, qui était très rigoureuse pour la liberté individuelle.

Mais cette constatation d'un libéralisme relatif ne peut être faite que lorsque la comparaison s'exerce au seul plan des dispositions législatives. Lorsqu'au contraire on met en regard l'œuvre jurisprudentielle et les actes émanant des autorités investies du pouvoir législatif, la constatation inverse s'impose. Ce n'est d'ailleurs pas une nouveauté car, quelle que soit la période, normale ou exceptionnelle, il est arrivé au législateur d'intervenir pour annuler, par une validation législative, les effets d'une décision jurisprudentielle.

CHAPITRE II

LA PRATIQUE DES VALIDATIONS LÉGISLATIVES (1)

Dans sa sécheresse même, le déroulement de l'affaire « Canal » situe clairement l'importance du problème. A travers trois dates et trois décisions, les faits parlent d'eux-mêmes : le 1^{er} juin 1962, le Président de la République, en vertu de la délégation consentie par la loi du 13 avril 1962 adoptée par référendum, crée par ordonnance une Cour militaire de justice ; le 19 octobre 1962, le Conseil d'Etat annule cette ordonnance, pour violation des droits et garanties essentielles de la défense ; le 15 janvier 1963, la loi créant une Cour de sûreté de l'Etat dispose, en son article 50 : « Les ordonnances prises en vertu de l'article 2 de la loi n° 62-421 du 13 avril 1962 ont et conservent force de loi à compter de leur publication », ce qui confère à nouveau toute sa force juridique à l'ordonnance du 1^{er} juin 1962.

Pour tourner l'autorité de la chose jugée, le procédé — on pourrait presque dire « le truc » — est donc très simple : tout recours juridictionnel étant exclu contre la loi (dont le domaine a été défini, à cet égard, en première partie), il suffit, pour l'administration, d'obtenir du Parlement qu'il confère une force législative,

(1) Voir :

- M. LESAGE : « Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice », Paris L.G.D.J. 1960.
- Aubert LEFAS : « Notes sur les réformes que suggère la jurisprudence du Conseil d'Etat statuant au contentieux », E.D.C.E. 1958, pp. 86, 87 et 88.
- Guy BRAIBANT : « Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir », E.D.C.E. 1961, pp. 63 et 64.

avec effet rétroactif, à l'acte administratif réglementaire ou individuel annulé pour excès de pouvoir ou déclaré illégal. La tâche lui est encore facilitée lorsqu'existe au Parlement une majorité stable et homogène, suivant fidèlement les directives gouvernementales ou, même encore, lorsque le Gouvernement est investi du pouvoir législatif.

Section I

LE CHAMP D'APPLICATION DES VALIDATIONS LEGISLATIVES

Le champ d'application des validations législatives est, heureusement, assez limité en matière d'atteintes aux libertés publiques proprement dites. Plus nombreuses en revanche, sont celles qui concernent les droits de certaines catégories d'individus (2).

Par. 1. - Les libertés publiques.

Les libertés publiques liées aux validations législatives sont : la sûreté individuelle, le droit de propriété, la liberté du commerce et de l'industrie, et la liberté du domicile.

§ 1) *Sûreté individuelle* : En ce domaine la loi du 15 janvier 1963 est l'exemple le plus frappant, en raison du grand retentissement qu'a eu l'affaire « Canal » dans l'opinion publique. Le Conseil d'Etat avait en l'occurrence exercé une protection efficace de la liberté individuelle, en annulant purement et simplement un texte qui méconnaissait les droits et garanties essentielles de la défense, et portait atteinte aux principes généraux du droit pénal par la procédure prévue devant la Cour Militaire de Justice et l'exclusion de toute voie de recours. Le Parlement a redonné force juridique au texte annulé mais en tenant compte, cependant, dans une certaine mesure, de la décision du Conseil d'Etat, puisque la Cour de sûreté connaît un régime plus libéral et que la Cour Militaire de Justice n'a été maintenue en fonction que pour juger toute affaire faisant l'objet de débats ou de délibéré en cours à

(2) Le recensement complet des interventions du législateur dans le contentieux judiciaire et administratif a été effectué, jusqu'en 1959, par M. Lesage, *op. cit.*, II^{me} partie.

l'expiration d'un délai suivant de peu la promulgation de la loi du 15 janvier 1963. Sa compétence est donc très restreinte désormais.

Dix ans auparavant, le législateur était également intervenu, mais en cours de procès cette fois. Une loi du 15 septembre 1948 sur la répression des crimes de guerre avait autorisé le juge à appliquer une présomption de responsabilité contre les membres des formations déclarées criminelles par le tribunal de Nuremberg. Or parmi les personnes accusées d'avoir participé au massacre d'Oradour-sur-Glane figuraient un certain nombre d'Alsaciens incorporés de force dans l'armée allemande. Au beau milieu de leur procès, et en raison de cette situation particulière, fut votée une loi du 30 janvier 1953 supprimant, en faveur des citoyens français, la présomption de culpabilité (3). Il ne s'agit donc pas, à proprement parler, d'une validation législative, mais d'une intervention du législateur pour modifier, en fonction d'un procès en cours, une loi défavorable à la liberté et la rendre bénéfique pour une certaine catégorie de personnes.

§ 2) *Droit de propriété* : Une loi du 2 août 1957, interprétant restrictivement le terme « actionnaire » figurant dans la loi du 8 avril 1946, et l'entendant au sens de « titulaire ou porteur d'actions, à l'exclusion des porteurs de parts et de toute autre personne », a enlevé toute portée à un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 17 avril 1956 (4) qui, interprétant largement la notion d'actionnaires, y faisait entrer les porteurs de parts et décidait qu'ils avaient des droits sur l'ensemble des bonis de liquidation et spécialement sur les biens restitués. Bien que cet arrêt de la Cour d'Appel de Paris ait été fortement critiqué, il n'en est pas moins vrai que le Gouvernement, craignant que cette décision n'entraînât une dépense supplémentaire pour le Trésor Public, a voulu la priver d'effet en faisant intervenir le législateur, plutôt que d'attendre une prise de position de la Cour de Cassation qui n'aurait pas obligatoirement été favorable.

Plus flagrante est la validation opérée par l'article 21 de l'ordonnance du 23 octobre 1958, prise dans le cadre de l'article 92 de la Constitution. Dans un arrêt d'assemblée du 10 octobre 1958 « Union de la propriété bâtie de France » (5), le Conseil d'Etat

(3) Cf. LESAGE, *op. cit.*, pp. 186 et s.

(4) Bresson c/ Compagnie C.A.L.O.R.G., J.C.P. 1956.II.9436 note Bastian ; G.P. 1956.1.317 ; D. 1956 p. 530 note Ripert.

(5) Rec. p. 480, Rev. adm. 1958 p. 624 note Liet-Veaux.

avait annulé certaines dispositions d'un décret du 20 mai 1955 limitant le montant des indemnités d'expropriation pour cause d'utilité publique en opposant aux commerçants, industriels et artisans la valeur de leurs biens telle qu'elle résultait de leurs déclarations fiscales ou des évaluations administratives devenues définitives en vertu des lois fiscales ; ces dispositions portaient atteinte, selon le Conseil d'Etat, à la protection des biens, et excédaient par leur généralité les limites de la loi d'habilitation du 14 août 1954. Moins de deux semaines plus tard, le Gouvernement, en vertu des pouvoirs que lui conférait l'article 92 de la Constitution repris, dans l'article 21 de l'ordonnance du 23 octobre 1958, les dispositions annulées, enlevant ainsi toute portée et toute efficacité à l'arrêt du Conseil d'Etat.

§ 3 *Liberté du commerce et de l'industrie* : Dans un arrêt « Syndicat des grossistes en matériel électrique de la Région de Provence » (6), le Conseil d'Etat avait annulé un décret du 9 août 1953 pris dans le cadre de la loi du 11 juillet 1953 portant redressement économique et social, parce qu'il assimilait certaines pratiques, en particulier le refus de vendre, à la pratique des prix illicites, et déterminait les infractions génératrices de sanctions pénales. Aux termes de la loi du 11 juillet 1953 en effet, les décrets ne pouvaient porter atteinte « aux matières réservées à la loi soit en vertu des dispositions de la Constitution, soit par la tradition constitutionnelle républicaine dont les principes ont été affirmés dans le préambule de la Constitution ».

Mais par un décret du 24 juin 1958 pris sur la base de la loi d'habilitation du 13 décembre 1957 relative au redressement économique et financier, le Gouvernement de Gaulle a repris les dispositions du décret annulé, faisant ainsi échec à la décision du Conseil d'Etat. Bien qu'il ne s'agisse pas là d'une véritable validation législative, l'esprit est le même cependant, le Gouvernement voulant passer outre à la décision du Conseil d'Etat. Saisie par la suite, la Chambre criminelle de la Cour de Cassation s'est prononcée en faveur de la légalité du décret du 24 juin 1958 (7).

(6) C.E. Ass. 18 juin 1958, Rec. p. 358 ; J.C.P. 1958.II.10727 note J. R. ; A.J.D.A. 1958.II n° 284 p. 306, chr. Fournier et Combarnous ; S. 1958.386, concl. Tricot ; D. 1958 p. 656, concl. Tricot.

(7) Cass. Crim. 13 juillet 1961, Procureur général près la Cour de cassation c/ Barjolle, J.C.P. 1961.II.12241, D. 1961 p. 525 rapport Costa ; Cass. Crim. 11 juillet 1962, Nicolas, Brandt et Société Photo-Radio-Club, D. 1962 p. 497 rapport Costa.

§ 4) La crise du logement consécutive aux deux guerres mondiales a été à l'origine d'un certain nombre de validations législatives ayant trait à la fois au *droit de propriété*, pour les propriétaires d'appartements ou d'immeubles, et à la *liberté du domicile*, pour les locataires, exercée sous la forme du droit au maintien dans les lieux. Autour des années 1920 furent votées différentes lois accordant certains droits à des locataires concernant le paiement des loyers ou les baux et locations verbales, « nonobstant toute décision judiciaire » (lois des 9 mars 1918, 23 octobre 1919, 31 mars 1922). La même situation se reproduisit à la fin de la seconde guerre mondiale et l'ordonnance du 11 octobre 1945 prévoyait certaines mesures exceptionnelles et temporaires pour tenter de porter remède à la crise du logement. Beaucoup de réquisitions eurent lieu sur la base de cette ordonnance, mais furent censurées par la suite, par le Conseil d'Etat, et surtout par les tribunaux judiciaires sur le fondement de la théorie de la voie de fait, démesurément étendue en la circonstance, et aboutissant à paralyser l'action de l'administration (8).

Le législateur réagit alors et, par la loi du 29 décembre 1948, prorogeait « de plein droit, pour une durée de six mois à compter de la date de leur expiration, les attributions de logement consenties antérieurement à la promulgation de la présente loi et en cours à cette date, nonobstant toute contestation sur le titre d'occupation et alors même qu'elles feraient ou auraient fait l'objet de décisions de justice non encore exécutées ». Toute portée était ainsi enlevée aux décisions des tribunaux judiciaires ayant trait à la légalité des réquisitions de logements. Les lois des 29 juin et 31 décembre 1949 prorogèrent par la suite dans les mêmes termes celles de 1948.

Considérées par le législateur comme des mesures exceptionnelles, de telles pratiques reçurent pourtant d'autres applications au cours des années qui suivirent : lois du 1^{er} décembre 1951, du 15 juillet 1954 et du 3 décembre 1956 autorisant l'autorité judiciaire ou l'autorité administrative à surseoir à l'exécution des décisions judiciaires d'expulsion ; lois diverses dans le domaine social et en matière de logement « applicables aux instances en cours » (lois du 16 juillet 1949, du 30 septembre 1953, du 3 avril 1955, du 17 juillet 1956, du 5 janvier 1957) ; lois allant parfois plus loin encore et s'appliquant « nonobstant toutes décisions judiciaires, même passées en force de chose jugée » : ainsi en est-il de la loi du 21 mars

(8) Cf. *supra*, Première Partie, la jurisprudence « Barinstein » et « Hilaire ».

1948 prorogeant de plein droit les baux à usage commercial, industriel ou artisanal, de la loi du 16 juillet 1949 traitant des rapports entre bailleurs et locataires, de la loi du 21 juillet 1949 conférant le caractère comminatoire aux astreintes fixées en matière d'expulsion et en limitant le montant (et ce, pour réagir directement contre les décisions des tribunaux judiciaires, qui considéraient les astreintes comme de véritables condamnations au paiement de dommages-intérêts), de la loi du 5 janvier 1957 protégeant les locataires et occupants à la condition qu'ils « occupent matériellement les lieux ». Enfin certaines lois relatives à la situation des militaires en campagne ou en opérations comportaient, elles aussi, des dispositions portant atteinte à l'autorité de la chose jugée : la loi du 1^{er} décembre 1951 prohibait l'exécution des décisions d'expulsion prononcées contre des familles occupant de bonne foi leur logement, dont le chef se trouvait sur un théâtre d'opérations d'Extrême-Orient (Indochine et Corée); la loi du 9 juillet 1956 stipulait également que « les clauses insérées dans les contrats ou les décisions judiciaires prévoyant la résolution de plein droit faute de paiement aux échéances convenues », ne pouvaient être invoquées à l'encontre des militaires rappelés ou maintenus sous les drapeaux (art. 5), et qu'« aucune expulsion de locaux d'habitation ou à usage professionnel » ne pourrait être exécutée contre eux ni contre les familles dont ils sont le soutien » (art.8).

En pratique, ces validations législatives ou ces interventions du législateur se répercutent sur le fonctionnement de la justice et ont pour trait commun de porter atteinte aux libertés d'une catégorie de personnes, mais dans le but d'exercer une protection efficace des libertés d'une autre catégorie de citoyens moins bien favorisés. Certes, les propriétaires ont le droit pour eux, puisqu'ils ont obtenu une décision de justice à leur profit, mais il faut admettre que l'intérêt de la société doit passer avant celui d'une catégorie d'individus. Or en l'occurrence, l'intérêt de la société se trouvait évidemment, en raison des circonstances, du côté des locataires, non des propriétaires. Qu'il y ait eu des abus est indéniable et certains occupants peu scrupuleux ont pu profiter d'une législation favorable pour échapper à leurs obligations ; cela ne saurait suffire cependant pour contester les raisons humanitaires qui ont motivé cette législation. Les libertés, comme l'ordre public, sont un équilibre, les unes s'exerçant au détriment des autres : la liberté du domicile et le droit au maintien dans les lieux du locataire ont prévalu sur le droit de propriété et la liberté du domicile du propriétaire. C'était, à l'époque, compte tenu du grand nombre de particu-

liers à reloger et de leur condition misérable, le seul moyen de maintenir l'ordre public.

A l'exception de la jurisprudence « Canal » et de la loi du 15 janvier 1963, c'est donc, semble-t-il jusqu'à présent, sur le plan des principes et des dangers qu'elle peut causer aux libertés, plus que sur celui des réalités, que la pratique des validations législatives doit être condamnée, ainsi que le confirme l'étude d'un certain nombre de validations ayant pu porter atteinte aux droits de particuliers.

Par. 2. - Les droits de certaines catégories de personnes.

Voulant éviter que des actes juridiques émanant de particuliers ou, la plupart du temps, d'autorités administratives, ne soient annulés ou privés d'efficacité par le juge, le législateur intervient pour leur conférer valeur législative et empêcher le contrôle juridictionnel soit de s'exercer, soit de produire ses effets. C'est dans le domaine de la Fonction Publique et en matière fiscale que sont intervenues la plupart des validations législatives.

§ 1) Dans le cadre de la *Fonction Publique*, l'intervention du législateur vise essentiellement à éviter les conséquences fâcheuses, sur le plan pratique, de l'annulation d'un acte administratif. Le temps ne recule pas, et il est bien difficile, sinon impossible, de ne pas tenir compte des situations et événements qui se sont produits du fait même de la décision, entre le moment où elle a été prise et celui où elle est annulée. Aussi, plutôt que de se trouver plongée dans des difficultés inextricables pour exécuter le jugement, l'administration préfère-t-elle faire appel au législateur pour remplacer l'acte administratif et ses conséquences dans l'ordre juridique. Prévenir le jugement lui-même ou les difficultés qu'entraînerait son exécution, tel est, semble-t-il, le but de diverses validations législatives :

I. — Loi de finances du 26 septembre 1948 : Un décret du 13 juillet 1948 modifiait — illégalement puisqu'un décret ne peut modifier une loi — les conditions d'attribution du supplément familial de traitement pour certaines catégories de fonctionnaires institué par la loi du 25 septembre 1942. Les dispositions du décret furent reprises dans la loi du 26 septembre 1948, laquelle précisait que la date d'effet n'était pas modifiée. L'année suivante, le Conseil d'Etat, dans un arrêt « Ligue des Fonctionnaires pères et mères de familles nombreuses » du 11 mai 1949 (9), se refusa à examiner la légalité du décret de 1948, au motif que ses dispositions

(9) Rec. p. 208.

« ont été intégralement insérées dans la loi du 26 septembre 1948 fixant l'évaluation des voies et moyens du budget général pour l'exercice 1948, en son article 106, qui leur a donné effet à compter de la même date ; que lesdites dispositions ayant désormais valeur législative, leur légalité n'est plus susceptible d'être discutée par la voie contentieuse ».

II. — La loi du 2 août 1959 : Dans un arrêt « Deschamps » du 28 mai 1948 (10), le Conseil d'Etat avait constaté l'illégalité du décret du 4 octobre 1944 annulant les nominations ou promotions faites dans l'armée de l'air par le gouvernement de Vichy, et annulé ledit décret. Le législateur est alors intervenu pour prononcer le maintien en vigueur des mesures prévues par le décret, et donc confirmer l'annulation des nominations et promotions intervenues sur son fondement. Il ne s'agit pas d'une véritable validation, car le décret demeurerait annulé, mais le résultat est identique, puisque ses mesures d'application ont été maintenues, et que le Conseil d'Etat a refusé d'en examiner la légalité (11).

Une intervention législative analogue avait eu lieu déjà quelques jours plus tôt, concernant les nominations et promotions prononcées dans l'armée de terre par le gouvernement de Vichy (loi du 22 juillet 1944 validant les mesures prises en application d'un décret du 12 septembre 1944, annulé par le Conseil d'Etat dans un arrêt « Keime » du 9 mars 1949 (11 bis)).

III. — De même la loi du 2 août 1949 régularisait la situation des élèves recrutés au concours de 1947 de l'Ecole Centrale des Arts et Manufactures. A la suite d'une erreur d'énoncé dans l'une des épreuves, le jury avait décidé d'attribuer à tous les candidats une note uniforme dans cette épreuve, mesure qui entraîna l'annulation des décisions portant fixation de la liste d'admissibilité et de la liste d'admission, dans un arrêt célèbre (12). En bonne logique, les candidats reçus, qui terminaient alors leurs études, se trouvaient en situation irrégulière, et devaient être considérés comme n'ayant jamais eu la qualité d'élèves de l'Ecole Centrale des Arts et Manufactures. Le Commissaire du Gouvernement Chenot n'avait pas écarté cette hypothèse. « Les principes du droit, affirmés par une juris-

(10) Rec. p. 237.

(11) C.E. 7 juin 1950, Larrozé, Rec. p. 344 ; C.E. 9 novembre 1951, Poupard, Rec. p. 521 ; C.E. 5 mai 1950, Maressal et Dumon, Rec. Tables p. 693 ; C.E. 12 février 1958, Raffard, Req. n° 10830.

(11 bis) Rec. p. 115. Cf. LESAGE, *op. cit.*, pp. 243 et s.

(12) C.E. 18 mars 1949, Chalvon-Demersay, Rec. p. 134 ; R.D.P. 1949 p. 217 concl. Chenot, note Jèze.

prudence constante, nous paraissent imposer l'annulation des épreuves. Sans doute une telle solution est-elle particulièrement douloureuse. Nous pensons pourtant que sa portée dépasse de très loin l'intérêt qui s'attache au présent pourvoi. S'il est pénible de songer au trouble que notre décision risque d'apporter dans la situation de 225 candidats que le ministre a déclarés reçus en juillet 1947, il est nécessaire de se rappeler que le respect des règles du droit est la garantie permanente de tous les candidats à tous les concours dont vous êtes juges, et que la sanction donnée à l'arbitraire ou à la légèreté d'un jury sauvegarde en définitive l'intérêt public ».

On ne peut que se réjouir de la netteté de cette solution qui, malgré l'ampleur des conséquences qu'elle entraîne, témoigne du souci manifesté par le juge de faire prévaloir le principe de stricte égalité de tous les candidats à un concours. L'intervention du législateur a eu pour but de compléter l'œuvre jurisprudentielle, en écartant ce que ses conséquences pouvaient avoir de fâcheux. La loi du 3 août 1949 dispose que les candidats figurant sur la liste d'admission de 1947 sont définitivement admis et qu'une session spéciale sera organisée en faveur de ceux qui n'ont pas été admis et qui, en raison de l'annulation des résultats, seraient en droit de demander à subir à nouveau les épreuves déclarées irrégulières. L'union du juge et du législateur a permis, en ce cas précis, de résoudre un problème délicat, au mieux des intérêts de tous les candidats, qu'ils aient été ou non déclarés admis.

IV. — La loi du 3 février 1953 contient un article validant des intégrations d'administrateurs civils parmi lesquelles certaines avaient été annulées par le Conseil d'Etat, ce qui entraîne une rupture du principe d'égalité au détriment des autres fonctionnaires qui pouvaient espérer, eux aussi, la validation de leur intégration.

V. — La loi du 31 décembre 1954 a validé un arrêté du Ministre des Travaux Publics et des Transports du 6 mai 1949 sanctionnant des opérations d'intégration en vue de la constitution initiale du corps des ingénieurs de la navigation aérienne.

VI. — La loi du 3 avril 1955 porte validation de nominations d'administrateurs civils, en complétant une loi du 3 février 1953 qui limitait ses effets à la Métropole. La loi de 1955 fait bénéficier des dispositions de celle de 1953 les administrateurs civils en fonction hors Métropole, et le Conseil d'Etat refuse d'examiner la légalité des nominations (13).

(13) C.E. 26 octobre 1956, Pubreuil, Rec. p. 390.

VII. — Les lois des 8 février 1955 et 27 mai 1955 régularisent des suppressions d'emplois déclarées illégales par le Conseil d'Etat (14), et, en cette hypothèse, il semble bien que le Gouvernement ait voulu directement faire échec aux solutions jurisprudentielles en s'adressant au législateur pour faire régulariser, à titre rétroactif, les mesures qu'il avait prises lui-même.

VIII. — La loi du 6 août 1955 régularise la situation de fonctionnaires du Ministère des Affaires Etrangères. Dans un arrêt « Charles » du 1^{er} juillet 1955, le Conseil d'Etat avait annulé pour défaut de contrescoring du Ministre des Finances, des arrêtés des 4 mars, 16 avril, 20 avril, 25 octobre et 1^{er} novembre 1945 portant nomination dans le cadre latéral des services extérieurs du Ministère des Affaires Etrangères (15). L'annulation intervenant dix ans après la nomination des intéressés, l'exécution de cette décision eût entraîné des difficultés à peu près insurmontables. Aussi le Gouvernement proposa-t-il au Parlement, non de régulariser en tant que tels les arrêtés entachés d'irrégularité, mais d'en confirmer les dispositions, c'est-à-dire de valider les nominations et les intégrations intervenues en vertu du décret du 26 août 1944. La Commission des Affaires Etrangères de l'Assemblée se rallia au projet de loi, « à titre tout à fait exceptionnel », en raison des conséquences très graves que l'application de la décision pourrait avoir sur l'organisation même des affaires étrangères », et le Parlement, par la loi du 6 août 1955, vota la régularisation ou la confirmation des nominations litigieuses. Par la suite, le Conseil d'Etat se refusa à discuter les arrêtés par la voie contentieuse (16).

IX. — La loi du 28 décembre 1957 porte en son article 20 validation de nominations d'administrateurs civils, comme celle du 3 avril 1955. Cette intervention du législateur fait suite à la décision du Conseil d'Etat annulant dans l'arrêt « Pubreuil » précité du 26 octobre 1956 (17) les intégrations de fonctionnaires non visés par la loi de 1955.

X. — Il en va de même de l'article 25 de la loi du 28 décembre 1957 qui valide la nomination de fonctionnaires de l'O.N.M. à la suite de l'annulation, par le Conseil d'Etat, d'un arrêté nom-

(14) C.E. 26 novembre 1954, Rec. p. 622.

(15) C.E. 1^{er} juillet 1955, Charles, Rec. p. 379 ; A.J.D.A. 1955.II.302, concl. Laurent.

(16) C.E. 17 octobre 1956, Rieu, Rec. p. 372.

(17) Rec. p. 390.

mant divers candidats dans les cadres de l'Office National Météorologique (18).

XI. — Les ordonnances des 3 et 16 octobre 1958 régularisent la situation des médecins des hôpitaux de Paris, à la suite de l'arrêt « Lévy » du 23 décembre 1955 annulant la décision du jury de l'épreuve d'admissibilité du concours pour le recrutement de médecins des hôpitaux de Paris du 8 avril 1949, le Conseil d'Etat s'étant fondé sur un faisceau de présomptions établissant qu'avant même leur déroulement les résultats des épreuves étaient connus. L'ordonnance du 3 octobre 1958 organise un nouveau concours ; celle du 16 octobre valide les résultats de plusieurs concours qui se sont déroulés de 1949 à 1955.

XII. — L'ordonnance du 30 décembre 1958 portant loi de finances pour 1958 valide certaines mesures prises par décret ordinaire, pour éviter tout contrôle de la part du Conseil d'Etat : mesures générales prises avant le 1^{er} janvier 1959 pour l'application de certains articles du Code de la Sécurité Sociale et des textes législatifs qu'ils ont codifiés ; décret du 26 avril 1952 relatif au statut du personnel administratif supérieur des services extérieurs de l'Administration de l'Air, ainsi que les textes et dispositions pris pour son application ; décret du 24 février 1958 concernant le régime de Sécurité Sociale des fonctionnaires ; les dispositions réglementaires portant création de centres techniques et fixation de leurs modalités de financement prises en application de la loi du 22 juillet 1948.

XIII. — La loi de finances rectificative du 17 décembre 1960 valide avec effet rétroactif le règlement d'administration publique relatif au statut de la magistrature.

XIV. — La loi de finances du 23 décembre 1960 valide l'intégration des fonctionnaires du département de la Seine et de la ville de Paris dans le corps des administrateurs.

XV. — La loi de finances rectificative du 29 juillet 1961 valide divers décrets concernant le traitement des fonctionnaires.

XVI. — La loi de finances rectificative du 31 juillet 1962 valide certains textes relatifs à la situation des fonctionnaires des anciens cadres de la France d'Outre-Mer.

(18) C.E. 22 mars 1957, *Casile*, Rec. p. 195.

(19) Rec. p. 608 ; D. 1956 p. 27, concl. Lasry.

XVII. — La loi de finances du 23 février 1963 valide un certain nombre d'intégrations d'agents supérieurs dans le corps des administrateurs civils et de nominations d'administrateurs civils.

XVIII. — La loi de finances rectificative du 31 juillet 1963 valide les nominations d'inspecteurs généraux des P.T.T.

XIX. — La loi de finances du 19 décembre 1963 valide des décrets portant intégration dans des corps métropolitains de fonctionnaires d'Afrique du Nord et du Sahara.

XX. — L'exemple le plus récent, et peut-être le plus typique, est constitué par la loi n° 65-538 du 7 juillet 1965, modifiant les articles 26 et 28 du statut général des fonctionnaires. Dans un arrêt « Fédération Générale des Syndicats chrétiens de fonctionnaires » du 27 novembre 1964 (20), le Conseil d'Etat, statuant en Assemblée, avait annulé certaines des dispositions du statut particulier des attachés d'administration centrale, en rappelant qu'en vertu de l'ordonnance du 4 février 1959 relative au statut général de la Fonction publique, l'avancement de grade des fonctionnaires ne pouvait avoir lieu qu'au choix et de façon continue de grade à grade, ce qui interdisait tout saut de grade et toute possibilité de sélection par voie de concours ou d'examen. Or divers statuts particuliers comportaient les mêmes dispositions que celles qui avaient été censurées par le Conseil d'Etat (lequel, en ses formations administratives, avait approuvée lesdites dispositions), pour avoir prévu l'avancement de grade par sélection et par saut de grade à grade. Aussi le Gouvernement a-t-il déposé un projet de loi destiné à remédier à cette situation, projet devenu la loi du 7 juillet 1965. L'article 2 de la loi valide rétroactivement les statuts particuliers publiés jusqu'alors ainsi que les règlements pris pour leur application, y compris le statut des attachés d'administration centrale. L'arrêt du 27 novembre 1964 est donc privé de toute portée, et tout recours contentieux est exclu contre les dispositions litigieuses.

Sur le fond, on ne saurait guère contester le bien-fondé de l'objet de la validation, qui ajoute au procédé du choix celui de la sélection, c'est-à-dire un système présentant autant de garanties que l'autre. Certes, la Commission administrative paritaire intervient dans le déroulement de la procédure de l'avancement au choix, alors qu'elle est absente en matière de sélection par concours ou examen, mais le résultat final est le même puisqu'elle ne donne qu'un simple avis qui ne lie pas l'autorité administrative compé-

(20) Rec. p. 601 ; D. 1964 p. 761, concl. Braibant ; A.J.D.A. 1964 pp. 690 et 713.

tente. Simplement regrettera-t-on la manière dont la validation est intervenue, le Gouvernement ayant manifestement voulu faire échec à l'autorité de la chose jugée, ce qui, en la circonstance, a eu pour effet d'entraîner certaines réactions défavorables dans les milieux politiques et syndicaux.

Dans l'ensemble, néanmoins, on peut dire que les mesures de validation intervenues dans le cadre de la Fonction publique (au sens large) ont pour but d'éviter les difficultés, nombreuses et presque insurmontables, qu'entraînerait l'exécution de certaines décisions d'annulation du Conseil d'Etat, mais ne visent pas, semble-t-il, sauf exceptions dont la plus notable est la loi du 7 juillet 1965, à faire directement échec aux décisions de justice, au contraire de ce que l'on peut observer lorsque les validations législatives concernent le domaine fiscal et budgétaire.

§ 2) En matière *budgétaire et fiscale* en effet, l'action du Gouvernement, qui s'inscrit dans la ligne générale d'une politique d'ensemble économique et financière, supporte mal d'être remise en cause à la suite de décisions de justice. Aussi l'Administration cherche-t-elle à leur échapper en faisant appel au législateur pour conférer à nouveau force juridique aux mesures attaquées.

I. — Dès 1945, le ton était donné par diverses dispositions législatives (ou du moins prises par l'autorité habilitée à exercer le pouvoir législatif) visant à enlever toute portée à des décisions juridictionnelles : ordonnance du 31 mars 1945 concernant la déduction des provisions dans la déclaration des bénéfices industriels et commerciaux, et s'appliquant rétroactivement aux exercices clos après le 1^{er} septembre 1939 ; ordonnance du 2 novembre 1945 confirmant l'application rétroactive d'arrêtés portant fixation de salaires ; loi du 30 avril 1946 garantissant aux salariés agricoles l'application rétroactive des règlements paritaires de travail ; loi du 7 octobre 1946 portant ouverture et annulation de crédits pour l'exercice 1946 et donnant un effet rétroactif aux dispositions du décret du 29 mai 1946 déterminant les attributions du Ministre des anciens combattants et victimes de la guerre.

Bien qu'ayant pris naissance à une période exceptionnelle, cette pratique allait être cependant poursuivie par la suite dans diverses interventions législatives.

II. — La loi du 21 août 1947 valide des arrêtés préfectoraux majorant les salaires agricoles et portant effet rétroactif, et empêche le Conseil d'Etat de contrôler la légalité de ces arrêtés (21).

(21) C.E. 28 avril 1950, Jousset, Rec. Tables p. 681.

III — La loi de finances du 26 septembre 1948, déjà citée, reprend les dispositions d'un décret de 1948 modifiant les conditions d'attribution du supplément familial de traitement et leur donne effet à la même date.

IV. — La loi du 20 mars 1951 : Dans un arrêt « Descours » du 10 janvier 1951 (22), le Conseil d'Etat avait annulé, pour vice de forme (deux des signataires n'ayant aucun pouvoir au moment où ils avaient signé) un arrêté du 4 juin 1946 instituant dans diverses communes la taxe de compensation sur les locaux insuffisamment occupés prévue par l'ordonnance du 11 octobre 1945. Les sommes perçues à ce titre par les communes de 1946 à 1951 auraient dû, en conséquence, être remboursées, ce qui entraînait de graves conséquences pour les communes, tant du point de vue financier qu'en ce qui regarde la politique du logement. Le Gouvernement fit donc inclure dans la loi du 20 mars 1951 relative au développement des crédits affectés aux dépenses de fonctionnement des services civils pour 1951, un article 5 validant trois arrêtés de 1946 (parmi lesquels l'arrêté du 4 juin, annulé deux mois plus tôt par le Conseil d'Etat) portant institution de la taxe de compensation dans un certain nombre de communes. Le Conseil d'Etat estima par la suite qu'en raison de la généralité des termes de la loi du 20 mars 1951, la légalité de ces arrêtés ne pouvait plus être discutée par la voie contentieuse (23).

V. — La loi du 22 décembre 1952 relative aux conditions d'application à l'Algérie de la loi du 11 mai 1946 portant transfert et dévolution des biens de presse, valide divers arrêtés du Gouverneur général de l'Algérie pris en application d'un décret du 17 juin 1946 fixant les conditions d'application à l'Algérie de la loi du 11 mai 1946 et annulé par le Conseil d'Etat dans un arrêt du 4 avril 1952 : « Syndicat régional des Quotidiens d'Algérie » (24).

VI. — La loi de finances du 7 février 1953 stipule que « sont validés, nonobstant toutes décisions contraires, les effets des dispositions législatives et réglementaires prises pour le financement des organismes visés par les lois des 26 avril et 7 octobre 1946, et notamment celles relatives à l'assiette des cotisations professionnelles, à leur taux, leur exigibilité et leur mode de recouvrement ».

(22) Rec. p. 13 ; J.C.P. 1951.II.6053.

(23) C.E. 12 juillet 1951, Ministre du Budget c/ Tallon, Rec. p. 402 ; C.E. 9 février 1953, Finances c/ Achalme, Rec. Tables p. 654 ; C.E. 5 mars 1954, Coolen, Rec. Tables p. 721.

(24) S. 1952.3.49, concl. Delvolvé ; R.D.P. 1952 p. 1029, note Waline ; J.C.P. 1952.II.7138 ; G.P. 1952.I.261, concl. Delvolvé.

Pourquoi cette validation ? Divers arrêtés du Ministre de l'Economie Nationale avaient créé ou prorogé des taxes destinées à couvrir les dépenses des comités d'organisation et des offices professionnels créés par les lois des 26 avril et 7 octobre 1946. Or ces arrêtés, en particulier par la fixation des taux des cotisations, portaient atteinte au principe de l'égalité de tous devant les charges publiques et furent annulées par le Conseil d'Etat, en totalité (25) ou en partie (26).

En conséquence, les assujettis se voyaient ouvert, en raison de ces décisions, le droit de répétition et pouvaient obtenir le remboursement des cotisations versées. Mais le montant élevé de ces dernières — 8 milliards — posait un grave problème sur le plan financier et le Gouvernement a préféré faire valider, malgré toutes les décisions contraires, les effets des dispositions législatives et réglementaires prises pour le financement des comités d'organisation. De la sorte, l'Etat n'a pas eu à rembourser les cotisations.

VII. — La loi de finances du 31 décembre 1953 a validé les textes et les décisions d'application de la loi du 17 janvier 1948 instituant une allocation de vieillesse pour les personnes non salariées, et ce pour faire échec à un grand nombre de décisions de commissions de première instance et d'appel de la Sécurité Sociale qui avaient relevé divers cas de violation de la loi dans les décrets et arrêtés d'application, et sursis à statuer jusqu'à ce que le Conseil d'Etat se fût prononcé.

VIII. — La loi du 31 décembre 1953 relative au développement des crédits affectés aux dépenses du Ministère de la Reconstruction et du Logement, valide deux arrêtés ministériels portant délégation permanente aux préfets en matière de remembrement, et les arrêtés préfectoraux pris en application des arrêtés ministériels. Mais, fait exceptionnel, le texte précise que sont validés les arrêtés préfectoraux « qui n'ont pas fait l'objet d'une décision d'annulation administrative ou juridictionnelle » (il aurait fallu dire « judiciaire »). C'est là, semble-t-il, un des seuls exemples où le législateur a respecté d'éventuelles décisions juridictionnelles (et para-

(25) C.E. 19 octobre 1951, Société des laiteries parisiennes et autres, Rec. p.487 : annulation de six arrêtés ; C.E. 11 juillet 1952, Société des vins Achille Hauser et Société des laiteries parisiennes : annulation de deux arrêtés.

(26) C.E. 11 juin 1948, Société La Manufacture française d'armes et cycles de Saint-Etienne, Rec. p. 546, D.S. 1959 p. 88 ; C.E. 11 juin 1948, Ets Le Plan-teur de Caïffa, Rec. p. 546 ; C.E. 16 mars 1949, Société anonyme d'alimentation « L'Epargne », Rec. p. 125 ; C.E. 28 juillet 1951, La Ruche picarde, 2 espèces, Rec. p. 675 : annulation des dispositions rétroactives de quelques arrêtés.

doxalement en une hypothèse où il ne semble pas que de telles décisions soient intervenues) (27).

IX. — La loi du 15 avril 1954 portant fixation du tarif des droits de douane d'importation approuve le tarif édicté par un arrêté du Ministre des Finances du 16 décembre 1947, et déclare acquis définitivement au Trésor les recouvrements effectués en vertu de cet arrêté. Cette intervention avait pour but de faire échec à un arrêt du Tribunal civil de Dunkerque du 26 février 1953 (28) acceptant une demande en restitution, et d'empêcher la Cour de Cassation de se prononcer sur la légalité de l'arrêté.

X. — La loi du 2 août 1954 valide un certain nombre de décrets et arrêtés pris en application de la loi du 11 mai 1946 sur la dévolution des biens de presse, empêchant le Conseil d'Etat d'exercer son contrôle (29).

XI. — La loi du 20 juin 1956 : dans un arrêt « Garrigou », rendu en Assemblée le 16 mars 1956 (30), le Conseil d'Etat avait annulé la disposition d'un décret du 30 avril 1955, appliquant le taux de l'impôt sur les sociétés qui passait de 36 à 38 %, à des bénéfices réalisés durant des exercices clos avant l'entrée en vigueur dudit décret. « En l'absence de toute disposition législative l'y autorisant expressément, le Gouvernement ne pouvait donner à la majoration de l'impôt dont il s'agit en effet rétroactif », affirme la Haute Assemblée.

Une semaine plus tard, le Gouvernement, entendant manifestement faire échec à cette décision, devait inclure dans le projet de loi portant institution du Fonds National de Solidarité une disposition l'autorisant à majorer l'impôt sur les sociétés concernant les bénéfices et revenus réalisés ou acquis depuis et y compris l'année 1955 ou les exercices clos en 1955, « les dispositions de l'article 7 alinéa 2 du décret n° 55-446 étant validées », c'est-à-dire précisément les dispositions annulées par le Conseil d'Etat. Le projet ayant été voté le 20 juin 1956, le Conseil d'Etat devait s'incliner, dans un arrêt « Société des Usines Spindler » du 30 novembre 1956 (31)

(27) Cf. LESAGE, *op. cit.*, pp. 265-266.

(28) S. 1953.2.125, note Grawitz ; J.C.P. 1953.II.7062, note Le Roy ; R.S.L.F. 1953, chr. Chrétien p. 800.

(29) C.E. 12 juillet 1955, De la Grange, A.J.D.A. 1955.II bis p. 22 ; C.E. 27 janvier 1956, Syndicat de défense des actionnaires de l'Auto-Sport, Rec. p. 43.

(30) Rec. p. 121 ; D. 1956 p. 239, concl. Laurent ; A.J.D.A. 1956.II n° 184 p. 199, note L. A.

(31) Rec. p. 451.

et un arrêt « Société Inter maritime et fluviale Centrado » du 30 décembre 1956 (32).

XII. — De même la loi du 4 août 1956 valide les décisions des commissions régionales instituées en matière de change par le décret du 23 avril 1946, enlevant ainsi toute portée à l'arrêt « Banque de l'Indochine » du 16 mars 1956 (33) qui annulait ces décisions. Dès lors, le Conseil d'Etat refusa de les discuter par la voie contentieuse (34).

XIII. — La loi du 26 juin 1957 parvient à un résultat similaire, mais par des chemins différents. Au lieu de valider un décret du 29 février 1952 relatif aux modalités de paiement des acomptes de l'impôt sur les sociétés, décret annulé par un arrêt « Association Nationale des sociétés à responsabilité limitée » (35), pour n'avoir pas respecté les principes posés par le Code Général des Impôts, la loi du 26 juin 1957 autorise le Gouvernement à modifier le paragraphe 1^{er} de l'article 1668 du Code Général des Impôts (dans un sens évidemment favorable à la légalité du décret de 1952), la modification prenant effet à la date d'entrée en vigueur des dispositions du décret du 29 février 1952. En d'autres termes, au lieu de valider un décret dont l'illégalité est prononcée par le juge, le Parlement autorise le Gouvernement à modifier rétroactivement une loi qu'il avait méconnue en prenant le décret. On est difficilement plus retors !

XIV. — La loi du 28 décembre 1957 donne valeur législative aux dispositions du décret du 9 décembre 1955 qui déclare, en raison des élections législatives, le 2 janvier 1956 jour chômé et payé. Cette mesure avait pour objet d'éviter les conséquences et l'annulation éventuelle du décret du 9 décembre 1955 par le Conseil d'Etat, celui-ci ayant été saisi de recours contre ce décret dès sa parution.

XV. — Quant à l'ordonnance du 6 janvier 1959, qui se veut interprétative, en décidant que l'indemnité de réinstallation accordée à certaines fonctionnaires ne peut, au cas où les deux conjoints pourraient y prétendre, être servie qu'à un seul d'entre eux, elle aboutit en fait à régulariser des décisions refusant d'accorder

(32) A.J.D.A. 1957 n° 10 p. 82, obs. Drago.

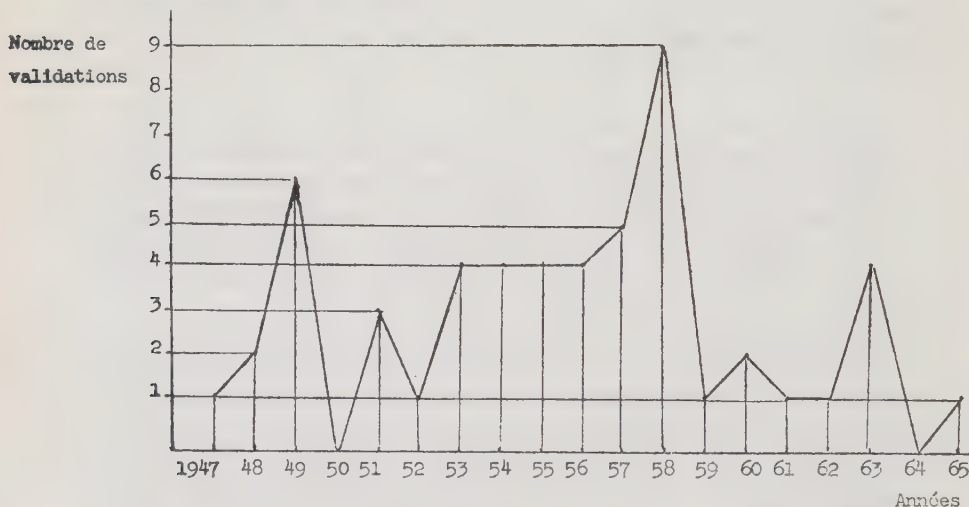
(33) Rendu en Assemblée le même jour que l'arrêt « Garrigou », Rec. p. 122.

(34) C.E. 1^{er} mars 1957, Société des établissements Gatry, Rec. p. 131.

(35) C.E. 5 avril 1957, Rec. p. 241 ; Droit fiscal 1957 n° 17, concl. Lasry ; G.P. 1957.2.57 ; R.S.L.F. 1957 chr. Chrétien p. 368.

l'indemnité de réinstallation aux deux conjoints, et qui auraient pu être annulées par le Conseil d'Etat en application de la jurisprudence « Epoux Bellair » du 28 avril 1958 (36). Par la suite, le Conseil d'Etat devait appliquer l'ordonnance du 6 janvier 1959 et admettre la légalité de décisions de refus d'indemnité de réinstallation (37).

Telles sont les principales validations législatives intervenues ces dernières années concernant les droits et libertés des individus. Toutes ont eu pour but, plus ou moins direct, d'enlever toute portée au contrôle juridictionnel en le privant de ses effets, ou de l'empêcher de s'exercer. La lecture des travaux préparatoires laisserait à penser qu'il s'agit-là d'une procédure très rare et tout à fait exceptionnelle. Or, on constate, au contraire, non seulement que leur nombre est impressionnant — plus de la trentaine, ce qui fait beaucoup d'exceptions —, mais surtout qu'il était en augmentation constante jusqu'en 1959. En effet, on en dénombre 1 en 1947, 2 en 1948, 6 en 1949, 3 en 1951, 1 en 1952, 4 en 1953, 4 en 1954, 4 en 1955, 4 en 1956, 5 en 1957, 9 en 1958, 1 en 1959, 2 en 1960, 1 en 1961, 4 en 1963, 1 en 1965, progression qui apparaît dans le graphique suivant :



(36) Rec. p. 239 : la Haute Juridiction ayant estimé qu'« aucune disposition du décret du 6 décembre 1956 instituant une indemnité de réinstallation en faveur des fonctionnaires et agents titulaires français... en service au Maroc et en Tunisie, ne saurait être interprétée comme excluant la possibilité pour deux conjoints, l'un et l'autre fonctionnaires, remplissant les conditions prévues par ce texte, de bénéficier tous deux de l'indemnité de réinstallation ».

(37) C.E. 27 février 1959, Dame Boutant, Rec. p. 145.

On peut certes faire remarquer que depuis 1959, les validations législatives sont moins nombreuses et moins graves en leurs conséquences, à la seule et très importante exception de la loi du 15 janvier 1963, mais cette situation s'explique aisément : d'une part, le Gouvernement a été habilité à exercer le pouvoir législatif dans le cadre de ses pouvoirs intérimaires (art. 92 de la Constitution) et à prendre des mesures dans le domaine de la loi, en application de l'article 38 ; d'autre part le Président de la République a exercé directement le pouvoir législatif en vertu de l'article 16, et est intervenu également dans le domaine législatif en vertu de ses pouvoirs référendaires ; enfin l'existence d'une majorité stable et cohérente au sein du Parlement permet au Gouvernement, sous la V^{me} République, de faire voter directement les projets de loi qu'il juge utiles, ce qui lui évite d'agir lui-même et supprime, de ce fait, le problème de la validation. Dans ces conditions, le contrôle juridictionnel est très réduit, sinon impossible. Certes, le juge cherche le plus possible à l'exercer, et à l'exercer efficacement, ainsi qu'il l'a prouvé dans l'arrêt « Canal », mais la structure des institutions est telle aujourd'hui, que le problème des validations se posera plus rarement. Néanmoins, l'exemple de la loi du 15 janvier 1963 a montré nettement les dangers que la pratique des validations législatives entraîne pour les libertés, en raison de l'importance de leurs effets.

Section II

LES EFFETS DES VALIDATIONS LEGISLATIVES

Les effets des validations législatives sont graves pour la protection des libertés, car ils paralysent le fonctionnement de la justice, qui a précisément pour objet de les protéger, et aboutissent à remettre en cause sinon l'existence des institutions, du moins l'équilibre entre les pouvoirs.

§ 1. - Certains parlementaires, juristes d'origine, ont été les premiers à déplorer cette forme d'intervention du législateur. Au cours de la discussion du projet de loi validant des arrêtés qui instituaient la taxe de compensation sur les locaux insuffisamment occupés, M. Marcilhacy déclarait : « En réalité, on vous demande à quelques jours d'un arrêt rendu par une Haute Assemblée, le Conseil d'Etat, qui est peut-être une des meilleures gardiennes des libertés publiques, de prendre par la voie législative une disposi-

tion qui mette à néant les conséquences de cet arrêt. Comment ! l'Etat français voudrait se proclamer absolument irresponsable et au-dessus des lois ? On n'est jamais au-dessus des lois, surtout quand on se les a données à soi-même, ce qui est le cas. Par conséquent, l'Etat doit se soumettre à une décision, si dure soit-elle. Il y a eu des arrêts du Conseil d'Etat dont les incidences financières étaient autrement graves : l'annulation pour cause de rétroactivité, pour cause de majorations, des factures de Gaz et Electricité de France. N'a-t-on pas pour autant bousculé les finances de ces entreprises et exécuté l'arrêt du Conseil d'Etat ? » (38)

L'année suivante, il ajoute : « J'ai dit que je n'admettais pas l'intervention du pouvoir législatif quand un procès était en cours. Or, les débats d'aujourd'hui m'apprennent qu'un procès était en cours et l'on nous demande d'intervenir !... Je tiens à la séparation des pouvoirs ; je ne crois pas à l'omnipotence de la souveraineté parlementaire. Quand tous les pouvoirs sont entre les mains des Parlements et des Gouvernements, on n'est plus à Paris, on est à Prague ! » (39)

De son côté, M. Bousch, rapporteur du projet de loi portant approbation d'un tarif de douane dont la légalité était contestée (loi du 15 avril 1954) déclare : « C'est vraiment porter atteinte au principe de la séparation des pouvoirs que de tenter, par la voie législative, de rendre caduques les décisions rendues contre l'Etat par les tribunaux, et on peut se demander dans quelle mesure les juges de droit commun pourraient demain considérer leur vocation avec la sérénité nécessaire, si le Gouvernement fait annuler par la loi les conséquences des décisions judiciaires qui lui déplaisent... Il faut rappeler au Gouvernement l'essentiel de ses devoirs. S'il a été condamné par les tribunaux, il doit en supporter les conséquences. Il est inconcevable qu'en régime démocratique l'Etat soit seul au-dessus des lois ou du droit » (40).

M. Delbez défend une thèse analogue en s'opposant au projet de loi validant les décrets et arrêtés pris en matière de dévolution des biens de presse : « La validation portant sur les décrets ou arrêtés actuellement soumis à l'examen contentieux du Conseil d'Etat aura pour effet de dessaisir brutalement la Haute Juridiction administrative. C'est un véritable empiètement du pouvoir législatif sur

(38) J.O. Débats parlementaires, C.R. séance du 23 janvier 1951.

(39) J.O. D.P., C.R. séance du 4 décembre 1952.

(40) J.O. D.P., C.R. annexe n° 494 séance du 12 novembre 1953.

le pouvoir judiciaire, et un précédent à tous égards fâcheux, qu'on ne s'attendait pas à trouver dans une loi qui veut être une loi de réparation. Que devient cette règle fondamentale du droit français et qui constitue la garantie la plus efficace des citoyens contre l'arbitraire du pouvoir, celle de la légalité de tous les actes administratifs, avec la sanction juridictionnelle d'un recours devant le Conseil d'Etat ? Que devient cet autre grand principe, sauvegarde des libertés publiques, le principe de non rétroactivité des lois ? Allons-nous modifier et élargir a posteriori la loi du 11 mai 1946 et déclarer que les conditions auxquelles elle soumettait les décrets et arrêtés d'application étaient sans valeur ? » (41)

M. Litaie, lui aussi, proteste contre l'intervention du législateur, qui aboutit à « déposséder la justice de la plus légitime de ses prérogatives, qui est d'interpréter et d'appliquer la loi, par un brutal fait du prince... Le respect de la séparation des pouvoirs exigerait le rejet pur et simple d'un projet de loi qui dessaisit la Cour de Cassation d'une cause pour laquelle elle vient d'être appelée à se prononcer, par un pourvoi de l'Administration elle-même. C'est là une véritable énormité, et un précédent lourd de conséquences, pour elle comme pour l'administration de la justice. Quel argument majeur est-il invoqué en faveur de cette hérésie ? Un seul, que je qualifierais de sordide, si je n'avais une nette conscience et un vif souci de nos difficultés financières. Si la Cour Suprême confirmait la validité du seul jugement rendu sur appel par le tribunal de Dunkerque, le Trésor serait exposé à une saignée de l'ordre de 120 milliards » (42).

Voilà bien le drame : les validations législatives ont toutes une excuse qui se veut absolutoire et est finalement préférée à la protection du droit ou de la liberté. Il se peut effectivement qu'à l'époque contemporaine il soit préférable de faire des économies sur le plan budgétaire, ou d'éviter une impossible exécution d'une décision de justice, mais alors qu'on le dise, et surtout qu'on n'attende pas que le juge se soit prononcé ou ait été saisi pour couvrir son jugement de ce manteau de Noé qui n'a d'autre but que de l'étouffer ou de l'annihiler.

Il est certain que les libertés évoluent en fonction du développement de la société, ce qui n'est pas sans poser de nombreux problèmes, mais il est non moins certain que leur définition nou-

(41) J.O. Débats, A.N. séance du 20 mai 1954.

(42) J.O. Débats, C.R. séance du 24 novembre 1953.

velle doit s'élaborer dans le cadre de l'ordre établi, non en sa méconnaissance ou en sa violation. La loi du 15 janvier 1963, qui est la seule véritable validation législative en matière de libertés, a hérité de ses devancières : on aurait peut-être fait appel moins facilement à ce procédé si, d'« exception » en « exception », les interventions des 15 années précédentes ne s'étaient transformées en une sorte de coutume, enlevant petit à petit aux juridictions leur autorité, leur force morale et, partant, un peu de leur prestige.

§ 2. - En pratique, en effet, les validations législatives, en portant atteinte à la séparation des pouvoirs et surtout à l'indépendance du pouvoir judiciaire, se traduisent par un affaiblissement de ce dernier.

1.) La validation législative porte atteinte au principe de non-rétroactivité des actes juridiques : dans leur quasi-totalité, les exemples énoncés ci-dessus en sont une illustration, la loi conférant force juridique à l'acte litigieux à dater du jour-même où il a été pris.

2.) Elle porte atteinte à l'autorité de la chose jugée, soit d'une manière directe, lorsqu'elle fait suite à une décision de justice annulant l'acte validé, soit de façon préventive, lorsqu'elle intervient pour rendre sans objet la décision que le juge serait appelé à rendre à la suite d'un recours intenté contre l'acte.

3.) Elle traduit une intervention du pouvoir législatif dans un domaine qui était réservé à l'exécutif. Il peut s'ensuivre un certain flottement, des interférences dans les mesures d'application, des hésitations de la part des autorités administratives, rejaillissant en définitive sur la bonne marche des services et préjudiciables aux intérêts des usagers, lesquels seront d'autant moins tentés de saisir la juridiction que les interventions du législateur seront plus nombreuses.

4.) Elle est la cause d'inégalités flagrantes par rapport à des décisions de justice rendues en des matières similaires, mais n'ayant pas fait l'objet de validations. Comme l'a noté M. Lefas à propos des validations intervenues dans le domaine de la Fonction publique, « tandis que certaines décisions du juge de l'excès de pouvoir annulant des mesures illégales prises en faveur de certains agents, sont ponctuellement exécutées, même lorsque cette exécution ne permet pas de restituer, en tout ou en partie, aux intéressés les avantages de carrière dont la décision du juge les a privés, en revanche, dans des cas analogues, les effets de la décision de justice sont mis à

néant par une intervention du législateur qui consolide purement et simplement la ou les situations individuelles dont le juge avait reconnu l'illégalité. De là à conclure qu'en matière d'exécution des décisions de justice il existe « deux poids et deux mesures », il n'y a qu'un pas, que l'on a tendance à franchir lorsqu'on sait que souvent les validations législatives sont, en partie tout au moins, fonction d'appuis politiques plus ou moins puissants dont les personnes qui ont intérêt à ces validations peuvent disposer » (43). Cet argument, tiré de l'existence de pressions ou d'appuis politiques, aurait probablement plus de poids encore si on l'appliquait aux validations ayant trait au domaine fiscal et budgétaire, les intérêts particuliers s'opposant en ce cas encore plus violemment. Cause d'inégalité, les validations engendrent donc également l'injustice.

5.) Tous ces effets sont aggravés lorsque — et c'est le cas le plus fréquent — le Gouvernement cherche à laisser le Parlement dans l'ignorance de l'importance exacte de la mesure qu'il entend lui faire adopter, comme s'il voulait l'« endormir ». Il donne des raisons peu claires ou imprécises, omet de l'informer sur l'objet exact et surtout la portée et les conséquences de la validation qui lui est demandée, insère celle-ci dans une loi à portée beaucoup plus générale, en particulier dans la loi de finances, pour mieux la faire passer inaperçue. Parfois, les termes de l'exposé des motifs sont très vagues, se bornant à indiquer que les actes à valider ont donné lieu à des « difficultés juridiques » ou doivent recevoir un « caractère plus juridique » sans préciser quelles sont ces difficultés ou pourquoi fait défaut ce caractère juridique. Il est même arrivé qu'aucune allusion ne soit faite à une annulation émanant de la juridiction administrative, et encore moins à une instance en cours.

A plus forte raison faut-il regretter les validations émanant du Gouvernement lui-même lorsqu'il est habilité à exercer le pouvoir législatif. En ce cas, plus aucun contrôle n'est exercé : le contrôle parlementaire est exclu, puisque le Gouvernement est investi du pouvoir législatif, le contrôle juridictionnel impossible ou inutile, puisque la validation lui enlève toute portée. « La confusion des pouvoirs est alors totale » (44). On a vu ci-dessus que tel a été le cas des ordonnances prises en vertu de l'article 92 de la Constitution entre octobre 1958 et février 1959, et en particulier de l'ordonnance du 30 décembre 1958 portant loi de finances pour 1959, qui a validé

(43) E.D.C.E. 1958 p. 88.

(44) BRAIBANT, *loc. cit.*, E.D.C.E. 1961 p. 64.

bon nombre de mesures prises par décret ordinaire ou actes individuels. Le seul contrôle juridictionnel exercé est celui de l'existence de la mesure en tant qu'ordonnance, à l'exclusion de tout contrôle de légalité (45).

6.) Enfin, du côté de la juridiction, la validation a pour effet de rendre inutile le contrôle juridictionnel et de lui enlever toute portée. Lorsque le législateur intervient en cours d'instance, c'est-à-dire avant que le juge n'ait statué à la suite d'un recours fondé sur l'illégalité de la décision validée, l'affaire se termine et le juge conclut au non-lieu à statuer, appelé « non-lieu législatif » au Recueil Lebon ; si, par contre, le recours est intenté après la validation, il est rejeté, car l'Administration doit tenir compte de la disposition législative nouvelle. La validation conduit donc le juge à s'incliner, mais à cet égard, on a pu observer, ces dernières années, une certaine évolution dans la jurisprudence.

Section III

L'EVOLUTION DANS LA JURISPRUDENCE

Par. 1. - La position traditionnelle du juge.

La position traditionnelle des juridictions, et en particulier du Conseil d'Etat, était, en présence de dispositions validées, de renoncer purement et simplement à exercer quelque contrôle que ce fût. Dans une formule classique, répétée constamment, le Conseil d'Etat, sans rechercher l'intention du législateur, se borne à constater que les dispositions attaquées du décret ou de l'arrêté ont été validées par la loi, et ajoute : « dès lors » (ou « par suite ») la légalité des dites dispositions n'est plus susceptible d'être discutée par la voie contentieuse » (46).

(45) Cf. *supra* Première Partie, Titre Premier : Cass. Crim. 28 mai 1959, Bouazza Ahmed, J.C.P. 1959.II.11152 note Vedel ; C.E. 11 février 1960, Société Eky, Rec. p. 101, S. 1960 p. 131 concl. Kahn, D. 1960 p. 263 note L'Huillier, J.C.P. 1960.II.11629 bis note Vedel ; C.E. 1^{er} juillet 1960, F.N.O.S.S. et Fradin, Rec. p. 441, D. 1960 p. 690 concl. Braibant note L'Huillier, A.J.D.A. 1960 p. 152 chr. Combarous et Galabert ; C.E. 27 janvier 1961, Daunizeau et autres, Rec. p. 57, A.J.D.A. 1961 p. 75 chr. Galabert et Gentot.

(46) Par exemple : C.E. 11 mai 1949, Ligue des fonctionnaires pères et mères de familles nombreuses, Rec. p. 208 ; C.E. 7 juin 1950, Larrozé, Rec. p. 344 ; C.E. 9 novembre 1951, Poupard, Rec. p. 521 ; C.E. 24 mars 1950, Lapanne, Rec. p. 184 ; C.E. 12 juillet 1955, De la Grange, A.J.D.A. 1955.II bis p. 22 ; C.E. 27 janvier 1956, Syndicat de défense des actionnaires de l'Auto-Sport, p. 43 ; C.E. 29 octobre 1956, Pubreuil, Rec. p. 390 ; C.E. 17 octobre 1956, Rieu ; C.E. 30 novembre 1952, Société des usines Spindler, Rec. p. 451 ; C.E. 18 juin 1958, Fédération nationale du bâtiment et autres, Req. n° 36.985.

Parfois même, il va plus loin et précise encore : la légalité de la disposition ne peut être plus discutée pour quelque motif que ce soit. Ainsi, déclare-t-il dans un arrêt « Société des Etablissements Gatry » du 1^{er} mars 1957 (47), la décision validée « n'est dès lors plus susceptible d'être discutée par la voie contentieuse quels que soient les moyens invoqués à son encontre » (48).

Non seulement la validation empêche le Conseil d'Etat d'examiner la légalité de la disposition validée, mais elle exonère l'Etat de toute responsabilité du fait de son exécution. Dans un arrêt « Société d'imprimerie et de librairie et Imprimerie Marc Texier réunies » du 15 mai 1957 (49), la Haute Assemblée a estimé que « la responsabilité de l'Etat ne saurait être engagée pour avoir exécuté des dispositions dont la légalité ne peut être contestée ».

Enfin, si en principe, la validation ne confère pas à l'acte réglementaire le caractère d'une disposition législative, l'autorité administrative restant compétente pour apporter toutes modifications au texte, il n'en va pas toujours de la sorte et parfois la disposition validée acquiert un caractère législatif, comme par exemple en matière fiscale (50).

La Chambre civile de la Cour de Cassation adopte une position semblable, en décidant que le législateur entend préserver les dispositions validées du risque de toute contestation concernant leur légalité (51). Par contre, la Chambre criminelle, interprétant la validation en fonction du principe de non-rétroactivité de la loi pénale, a décidé que les manquements aux textes validés constatés avant leur validation ne constituaient pas des infractions (52).

A part cette interprétation restrictive dictée par l'application de la loi pénale, le renoncement du juge, pour ne pas dire son abdication, était total, à telle enseigne que, devant l'extension du

(47) Rec. p. 131.

(48) De même : C.E. 10 mai 1957, Société Vaudroy-Jaspar, R.D.P. 1957 p. 704.

(49) Rec. p. 312, A.J.D.A. 1958 n° 78 p. 74.

(50) C.E. 12 novembre 1954, Commune de Saint-Yorre, Rec. p. 589, Droit fiscal 1954 (1^o, 28 concl. J. Donnedieu de Vabres) (cf. LEFAS, *op. cit.*, E.D.C.E. 1958 p. 88).

(51) Cass. Civ. 6 janvier 1956, 2 arrêts, G.P. 1956.I.237.

(52) « Quelle que soit, affirme-t-elle, aux points de vue civil et administratif la portée de cette « validation », elle est restée sans influence au regard de l'application de la loi pénale, la règle de la non-rétroactivité de la loi pénale étant fondamentale et ne supportant pas d'autres dérogations que celles qui seraient expressément et clairement affirmées par le législateur. » (Cass. Crim. 15 mars 1956, Leménager, G.P. 1956.I.426 ; de même : Cass. Crim. 15 mai 1957, Bull. Crim. n° 406 p. 736).

nombre des validations, d'assez nombreuses réactions défavorables s'étaient fait jour.

En 1957, par exemple, M. Maxime Chrétien déplorait l'attitude du Conseil d'Etat : « On eût souhaité, écrivait-il, qu'il exprimât son regret, voire son indignation, de cette attitude du Parlement qui, loin de censurer les illégalités du Gouvernement (c'est-à-dire en pratique, de la haute Administration), les valide rétroactivement en condamnant la jurisprudence qui « encaisse le coup » sans réagir » (53). En 1960, M. Lesage estimait que le Conseil d'Etat semblait faire preuve « d'une timidité excessive à l'égard des lois de validation » (54). Mettant en parallèle ce refus systématique de connaître d'une disposition validée, et la hardiesse dont sait faire preuve la Haute Assemblée dans la recherche de l'intention du législateur (55) ou dans l'interprétation restrictive d'une disposition très claire excluant tout recours contre un acte administratif (56), l'auteur se demandait « pourquoi le Conseil d'Etat, qui considère que le recours pour excès de pouvoir contre un acte existe même lorsqu'une loi exclut tout recours, considère-t-il que ce recours n'existe plus lorsque le législateur a validé un acte. En validant un acte, ajoutait-il, le législateur désire-t-il vraiment empêcher tout recours contre cet acte ? On peut en douter » (57).

Il n'est pas jusqu'aux membres du Conseil d'Etat qui ne se préoccupent de l'acuité du problème. « Notre organisation juridique, écrivait M. Braibant, ne fournit guère de moyens efficaces pour limiter la pratique des validations qui, si elle se généralisait, finirait par enlever toute portée au contrôle juridictionnel de l'Administration, et toute utilité à l'existence même des juridictions administratives. Peut-être faudrait-il envisager l'institution d'une liaison permanente entre le Conseil d'Etat et les commissions compétentes des Assemblées, qui pourraient être ainsi mieux éclairées sur la portée des validations sollicitées par le Gouvernement ». L'auteur formulait alors une suggestion : « Sans attendre une telle réforme, la jurisprudence « La Fleurette » sur la responsabilité de l'Etat du fait de la loi pourrait être étendue aux validations : une application large et libérale de cette jurisprudence permettrait d'accorder des compensations pécuniaires aux justiciables qui

(53) R.S.L.F. 1957 p. 310.

(54) *Op. cit.*, p. 310.

(55) C.E. 9 juillet 1942, Ass., Tabouret et Laroche, Rec. p. 182.

(56) Cf. *supra*, Première Partie. C.E. 17 février 1950, Dame Lamotte, précité.

(57) *Op. cit.*, p. 310.

n'auront pu obtenir l'exécution d'une annulation contentieuse en raison d'une intervention du législateur ; elle aurait peut-être également pour effet de réduire le nombre des validations. Comme pour les refus d'exécution, la mise en jeu de la responsabilité de la Puissance publique apparaît en définitive, dans l'immédiat, comme le moyen le plus commode d'assurer une certaine efficacité aux annulations pour excès de pouvoir » (58).

Par. 2. - La jurisprudence contemporaine.

C'est sur ce terrain que s'est engagée la *jurisprudence contemporaine* à partir de 1961, marquant ainsi la volonté du juge de réagir contre l'abus de la pratique des validations législatives. Sur le fond, rien n'est changé, en ce sens que le juge applique la jurisprudence traditionnelle et se refuse à exercer tout contrôle sur une disposition validée par le législateur. Mais, d'une part, il faut que la validation émane bien d'une autorité investie du pouvoir législatif et, d'autre part, la validation, désormais, est susceptible d'entraîner la responsabilité de la Puissance publique.

§ 1.) Seule l'autorité investie du pouvoir législatif peut procéder à des validations législatives. Tel n'est pas le cas du Gouvernement, lorsqu'en vertu de l'article 38 de la Constitution, il est habilité à prendre des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. Ce n'est pas une délégation de la compétence législative qui lui est consentie par le Parlement, mais simplement une extension de la compétence réglementaire. En d'autres termes, les ordonnances de l'article 38 ont un régime juridique analogue à celui des décrets-lois de la III^{me} et de la IV^{me} République.

C'est la raison pour laquelle le Conseil d'Etat, dans un arrêt « Fédération Nationale des Syndicats de Police » du 24 novembre 1961, dont l'étude a été faite en première partie (59), a décidé que le Gouvernement, agissant dans le domaine législatif en vertu de l'article 38, ne pouvait pas prononcer de validation d'actes administratifs illégaux. Ainsi qu'il ressort des pièces versées au dossier, affirme-t-il, une des dispositions de l'ordonnance du 18 août 1960 a pour objet et pour effet de valider les élections des représentants du personnel aux Commissions administratives paritaires de la Sécurité Nationale. Et il ajoute : « Si l'article 1^{er} de la loi du 4 février

(58) *Op. cit.*, E.D.C.E. 1961 p. 64.

(59) Titre Premier, Chapitre II.

1960 autorisait le Gouvernement à prendre par ordonnance, pendant un délai limité des « mesures qui sont normalement du domaine de la loi », il ne lui conférait pas le pouvoir de soustraire certains actes administratifs à tout contrôle juridictionnel en en prononçant la validation ; il s'ensuit que la fédération requérante est fondée à demander l'annulation de la disposition de l'ordonnance en tant qu'elle valide des élections aux Commissions administratives paritaires ».

C'est parce que la validation est du domaine du pouvoir législatif que le juge s'incline ; à partir du moment où il se trouve en face non de l'exercice du pouvoir législatif, mais de l'extension du domaine réglementaire à certaines manières normalement réservées à la loi, il exerce un contrôle efficace et annule la validation.

§ 2.) Ce premier pas accompli en réaction contre les excès résultant des validations législatives a été suivi d'un second, beaucoup plus important, quelques jours plus tard. Abandonnant la solution dégagée dans l'arrêt « Société d'imprimerie et librairie et Imprimerie Marc Texier réunies » du 15 mai 1957 (60), selon laquelle l'Etat était exonéré de toute responsabilité du fait de l'exécution d'une mesure validée, le Conseil d'Etat a jugé dans un arrêt Lacombe du 1^{er} décembre 1961 (61) qu'à défaut de stipulation expresse de la loi ou d'indication précise de ses travaux préparatoires, la loi de validation engageait en principe la responsabilité de l'Etat.

Dans un arrêt du 1^{er} juillet 1953 « Lacombe et autres » (62), le requérant avait obtenu à son profit l'annulation d'un arrêté du Ministre des Travaux Publics et des Transports sanctionnant des opérations d'intégration. Cet arrêté fut validé par la loi du 31 décembre 1954, privant ainsi le requérant du bénéfice de l'intégration à laquelle il pouvait normalement prétendre.

Le Conseil d'Etat constate tout d'abord que la disposition de la loi du 31 décembre 1954 « a eu en réalité pour seul objet de valider les opérations d'intégration résultant de l'arrêté susmentionné du Ministre des Travaux Publics et des Transports annulé par le Conseil d'Etat ». Cette validation va très loin dans ses conséquences, car la Haute Juridiction estime qu'elle « a eu nécessairement

(60) Rec. p. 312 ; A.J.D.A. 1958 n° 78 p. 74.

(61) Rec. p. 674 ; D. 1962 p. 89, concl. Dutheillet de Lamothe ; A.J.D.A. 1962 p. 24, chr. Galabert et Gentot.

(62) Rec. p. 332.

pour effet de couvrir tant les irrégularités dont se trouvaient entachées lesdites opérations d'intégration que les fautes que l'Administration aurait pu commettre à l'occasion des mesures qu'elle a été amenée à prendre à la suite de l'annulation prononcée par le Conseil d'Etat ». Sont donc validés non seulement l'arrêté lui-même, mais aussi l'inexécution ou la mauvaise exécution de la décision annulant cet arrêté. La validation a rendu sans objet la décision d'annulation et l'Administration ne peut avoir commis de faute en ne l'exécutant pas, ce qui résulte de l'effet rétroactif de la validation. Ce n'est donc pas sur le terrain de la faute de l'Administration que le requérant peut obtenir une indemnité puisque, si faute il y a, elle se trouve couverte par la validation. Pour le juge, la disparition de la cause d'annulation entraîne nécessairement celle de ses effets.

Mais le Conseil d'Etat a voulu également remédier à ce qu'une telle situation pouvait avoir de choquant pour le requérant. Celui-ci était en effet doublement lésé : victime de la validation par rapport aux autres fonctionnaires de sa catégorie qui, eux, auraient pu bénéficier de décisions de justice similaires, il était aussi victime de la lenteur de l'Administration à exécuter les décisions de justice, dix-huit mois s'étant écoulés sans que l'annulation ait été encore suivie d'effet. Manifestement, il pouvait faire valoir une rupture du principe d'égalité à son détriment.

C'est précisément sur ce terrain que s'est placée la Haute Juridiction, en affirmant qu'« en l'absence d'une disposition expresse de la loi de validation ou d'une indication précise des travaux préparatoires de ce texte déniaient tout droit à réparation aux agents contractuels qui, comme le sieur Lacombe, ont été privés par l'effet des dispositions de ladite loi des possibilités d'intégration sur lesquelles ils pouvaient compter, la responsabilité de l'Etat est en principe susceptible d'être engagée à l'égard de ces agents sur le fondement du principe de l'égalité des citoyens devant les charges publiques ».

Jusqu'alors tout contrôle était exclu et le juge ne recherchait même pas la volonté du législateur ; désormais un certain contrôle est exercé, en ce sens que le juge recherche les intentions du législateur. Jusqu'alors l'irresponsabilité était la règle ; désormais la responsabilité devient le principe. Enfin, l'interprétation de la volonté du législateur sera faite dans un sens favorable à la victime puisqu'il faudra une disposition expresse de la loi ou une indication précise des travaux préparatoires. En généralisant la formule, on peut affirmer que désormais les lois de validation enga-

gent la responsabilité de l'Etat, sauf si une disposition expresse de la loi ou une indication précise des travaux préparatoires dénie tout droit à réparation aux victimes de la validation.

Si l'on admet que l'indemnité accordée à la victime est identique à celle qu'elle obtiendrait à la suite de l'annulation prononcée par le juge, on voit qu'une telle jurisprudence aboutit, en pratique, à enlever beaucoup de leur portée aux validations législatives. Qu'il y ait ou non validation, la situation sur le plan pécuniaire sera la même pour l'Administration. Certes, la procédure de la validation lui permet de gagner du temps, mais l'échéance, pour être retardée, n'en est pas moins fixée, alors qu'elle n'existait même pas sous la précédente jurisprudence.

On retrouve donc dans l'arrêt de 1961 la démarche traditionnelle du juge, favorable aux libertés, interprétant restrictivement les dispositions de lois limitant les droits et libertés des individus, faisant appel aux principes généraux du droit pour protéger les intérêts des particuliers. C'est en cela que se marque l'évolution de la jurisprudence « Lacombe » par rapport à la jurisprudence antérieure. Elle s'inscrit d'ailleurs dans le cadre plus général de l'extension de la responsabilité de la Puissance publique du fait de la loi, au sens large, question étudiée en fin de première partie de cette étude.

La solution énoncée dans l'arrêt « Lacombe » a été confirmée dans l'arrêt « Ministre de l'Intérieur c/sieur Bovero » du 25 janvier 1963 (63). On sait que la loi du 9 juillet 1956 stipulait que les militaires rappelés ou maintenus sous les drapeaux ne pourraient, ainsi que leur famille, faire l'objet d'aucune expulsion de locaux d'habitation ou à usage professionnel. Cette loi fut modifiée et complétée par la suite, en particulier par une ordonnance du 3 janvier 1959 qui servit de fondement à un préfet pour refuser le concours de la force publique pour l'exécution d'une décision de justice ordonnant l'expulsion des membres de la famille d'un militaire affecté en Afrique du Nord. Bien qu'il n'y ait pas validation à proprement parler, la situation créée en était très proche, puisque l'ordonnance de 1959, ayant valeur de loi, faisait échec à l'exécution d'une décision de justice devenue définitive.

Selon la jurisprudence antérieure, le propriétaire n'aurait eu droit à aucune indemnité. Mais appliquant la solution dégagée dans

(63) Rec. p. 53 ; J.C.P. 1963.II.13326, note Vedel. Cf. *supra*, fin Première Partie.

l'arrêt « Lacombe », le Conseil d'Etat a admis que le préjudice subi par les propriétaires de locaux occupés par des militaires servant en Afrique du Nord ou leur famille et titulaires d'une ordonnance d'expulsion constituait « une charge spéciale par rapport aux charges normales incombant à l'ensemble des propriétaires de locaux d'habitation occupés par des tiers » et « que par sa gravité et sa spécialité, ce préjudice présentait un caractère exceptionnel de nature à engager, dans le silence des textes, la responsabilité sans faute de l'Etat ».

Lors donc qu'une décision d'expulsion est privée d'effet de quelque manière que ce soit par l'autorité investie du pouvoir législatif, son bénéficiaire peut prétendre à obtenir réparation, sauf disposition expresse contraire, sur la base de la rupture du principe d'égalité et de la responsabilité sans faute de l'Etat. Voilà qui montre bien le désir du Conseil d'Etat de limiter, autant que faire se peut, les interventions de l'autorité législative dans le fonctionnement de la justice. En l'occurrence, le résultat a été bénéfique à la fois pour le locataire, maintenu dans les lieux, et pour le propriétaire, qui à défaut d'expulsion a pu obtenir réparation du préjudice subi.

CONCLUSION

Envisagée uniquement sous l'angle du contrôle juridictionnel, l'intervention du législateur, on le voit, peut s'avérer, en certaines hypothèses, être une cause de limitation de la protection des libertés, quels que soient, par ailleurs, les efforts déployés par le juge. S'il en est ainsi, ce n'est pas, tout au moins pas directement, parce que la loi échappe à tout contrôle juridictionnel. La séparation des pouvoirs et la nature du régime parlementaire justifient cette exclusion sur le plan des principes. Dans la réalité, il arrive tout d'abord que les circonstances imposent une nouvelle définition de l'équilibre entre l'ordre public et les libertés, au détriment de ces dernières, devant lequel le juge ne peut que s'incliner et tenir compte de la volonté du législateur, en appliquant une présomption favorable à l'ordre plutôt qu'aux libertés. Mais surtout, grande est la tentation pour les autorités administratives de se soustraire au contrôle juridictionnel. Les validations, certes, sont l'œuvre de l'autorité investie du pouvoir législatif mais toutes, originairement, sont dues à une initiative du pouvoir gouvernemental et des autorités admi-

nistratives qui, en saisissant le législateur, entendent échapper à l'exercice ou à la portée du contrôle juridictionnel. Plus encore que celle du législateur, l'intervention de l'Administration, par la nature même des pouvoirs dont elle dispose et l'influence qu'elle peut exercer sur le fonctionnement de la justice, est une cause de limitation de la protection des libertés.

* *
*

SOUS-TITRE II

L'intervention de l'Administration

Le défaut de protection des libertés publiques tient en grande partie à l'action des autorités administratives : non seulement les atteintes les plus graves aux libertés sont le plus souvent leur fait, mais encore la fonction administrative, par sa nature et ses attributs, influe nécessairement sur l'exercice de la fonction juridictionnelle. L'action du juge est tributaire de celle de l'Administration et s'en trouve limitée car, coupable lorsqu'elle commet un acte en violation d'une liberté, l'autorité administrative est également et en même temps auxiliaire de la justice, le juge étant obligé de s'en remettre à elle pour l'exécution de ses décisions puisque c'est elle qui dispose du monopole de la contrainte. En d'autres termes, elle commet l'illégalité et est appelée en même temps à la réprimer, en se sanctionnant elle-même. Tout dépend donc d'une autolimitation, qui ne peut être que volontaire de sa part et à l'égard de laquelle le juge se montre impuissant. « La fonction juridictionnelle perd sa dimension normale lorsqu'elle s'exerce à l'encontre de l'Administration », écrit le professeur Rivero (1).

Nombreuses sont en effet les interventions administratives dans le fonctionnement de la justice, limitant la protection qu'assure aux libertés le contrôle juridictionnel, d'abord, pendant le déroulement de l'instance (chapitre I), ensuite, après celle-ci, dans l'exécution des décisions de justice (chapitre II).

(1) « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », in *Mélanges Dabin*, T. II, p. 828.

CHAPITRE PREMIER

L'INTERVENTION DE L'ADMINISTRATION EN COURS D'INSTANCE

Il faut remarquer dès l'abord qu'avant même d'avoir intenté une action en justice, le particulier dont la liberté a fait l'objet d'une violation de la part d'une autorité administrative risque de se heurter à un premier obstacle : la toute puissance et la force intrinsèque de l'Administration. Devant elle, la victime se trouve non seulement dans une situation d'infériorité, mais aussi bien souvent, en état de dépendance. A l'époque contemporaine où l'individu est en rapports presque constants avec les autorités administratives, l'Administration lui apparaît comme une puissante et colossale machine dont la dimension et les mystères l'entretiennent dans la crainte de se voir infliger un tourment pire encore s'il ose se rebeller.

De même que les salariés hésitent fréquemment à saisir le Conseil de Prudhommes par peur de perdre leur emploi, et préférèrent supporter en silence des atteintes à la liberté du travail ou à la liberté syndicale, de même l'administré s'inclinera devant le fait accompli, craignant de s'aliéner la bienveillance future d'une autorité administrative, qui d'ailleurs n'aura pas manqué, la plupart du temps, d'affirmer péremptoirement qu'aucune violation n'a été commise et que tout recours de la part de l'administré serait mal vu et rejaillirait déplorablement sur leurs relations futures.

Néanmoins, à supposer qu'il résiste à ces pressions et saisisse le juge — puisqu'aussi bien celui-ci a justement pour mission de

faire échec à cette sorte de chantage — ou encore à supposer qu'il soit directement traduit devant la juridiction, l'administré n'en est pas quitte pour autant avec les interventions de l'Administration, que celle-ci agisse comme auxiliaire du pouvoir judiciaire (Section I) ou à titre exclusif, en son lieu et place (Section II).

Section I

L'ADMINISTRATION AUXILIAIRE DU POUVOIR JUDICIAIRE

C'est dans le domaine de la sûreté individuelle et plus précisément de l'Instruction criminelle que l'intervention des autorités administratives est susceptible de mettre en danger la protection de la liberté de l'individu. A cet égard, les années qui passent voient se renouveler les mêmes difficultés et les mêmes abus. Dans un ouvrage consacré aux « violations de la liberté individuelle commises par l'Administration », M. Jacques Robert avait minutieusement étudié cette question (2); l'expérience a malheureusement prouvé, surtout à propos des événements d'Algérie, que le pessimisme de certaines constatations n'était pas surfait. La conciliation des droits de l'individu et des droits de la société n'est pas chose aisée et s'effectue au détriment de l'individu : « c'est parce qu'elle est imparfaite dans sa réalité, écrit M. Robert, que la procédure criminelle nous apparaît comme facilitant les violations de la liberté individuelle, non point par l'intervention grossière ou brutale d'un pouvoir omnipotent, mais par une succession de pouvoirs donnés, à certains échelons, à des autorités dangereuses, de pratiques abusives officiellement reconnues, de procédures imprécises, d'expressions interprétées beaucoup trop largement » (3).

En pratique, l'intervention d'agents placés directement sous la dépendance du pouvoir gouvernemental entrave la mission du juge, négativement par la limitation des droits de la défense (Par. 1), positivement par leur action dans le déroulement de la procédure (Par. 2).

Par. 1. - Limitation des droits de la défense.

La grande presse a suffisamment parlé de la diversité et du raffinement des méthodes policières pour qu'il ne soit pas nécessaire

(2) Paris, L.G.D.J. 1956, Bibliothèque de droit public, Tome I.

(3) p. 80.

d'insister sur l'importance de ce problème. Il n'est pas de saison qui ne fournisse son contingent d'excès et de scandales révélant une habitude, sinon un climat d'avilissement de la personne humaine, devant lequel le juge se trouve pratiquement démuni.

a) *Les violences physiques* ne revêtent certes plus la forme des anciennes tortures, avec leur cortège de membres brisés ou blessures profondes, mais chacun sait que des souffrances intolérables peuvent être causées sans qu'il en subsiste aucune trace extérieure. La torture est, hélas, de toutes les époques (4), et l'on frémit encore, vingt ans après, en lisant ces lignes écrites par un policier en 1945, et que la pratique de ces dernières années a illustrées, pour ne pas dire consacrées. « Plus l'individu niera pendant que nous lui affirmerons de plus en plus fortement notre certitude de sa culpabilité, plus il s'affolera et plus désespéré deviendra son effort. Là est l'utilité très réelle de l'interrogatoire prolongé qui porte à leur degré maximum une tension nerveuse, une fatigue qui existait déjà chez le criminel : à un certain niveau, cet état devient insupportable et engendre très psychologiquement une brusque chute de tension, un véritable vertige mental d'où procède l'aveu... Le vertige a consisté chez l'homme à ne plus voir qu'un seul bien : la détente instantanée, le repos immédiat, et l'aveu est le prix de cette courte paix » (5). Doux euphémisme en vérité que ce « vertige mental » ! Avec de telles pratiques, il est facile de faire avouer n'importe quoi à n'importe qui.

Il est vrai qu'en plus de l'article 186 du Code pénal qui punit de peines sévères les fonctionnaires qui auront, sans motif légitime, usé ou fait user de violences envers les personnes dans l'exercice de leurs fonctions, l'article 64 du Code de procédure pénale permet au Procureur de la République de faire examiner par un médecin l'individu gardé à vue par la police, examen devenant de droit au-delà de 24 heures. De même, pour éviter les interrogatoires épuisants, les procès-verbaux doivent mentionner leur durée et le temps de repos qui les ont séparés. Mais pour louables que soient ces mesures et quelque progrès qu'elles réalisent, elles ne sauraient suffire à remédier à tous les abus, le prévenu n'étant pas toujours en mesure d'apporter toute son attention, à la suite d'un interrogatoire, à la lecture du texte qu'il doit signer.

(4) Voir A. MELLOR : « La torture », Les Horizons littéraires, Paris 1949 ; VIALATOUX : « La répression et la torture », Paris 1958.

(5) Louis LAMBERT : « Traité de police judiciaire », 1945, T. I, pp. 210 et s. ; pp. 610 et s. ; cité par M. ROBERT, *op. cit.*, p. 110.

b) Plus graves encore, parce que plus difficiles à établir, sont les *violences morales* qui se traduisent par l'emploi de procédés déloyaux, affirmations frauduleuses, manœuvres perfides ou insidieuses, allégations mensongères, et consacrent un mépris à peu près total des valeurs morales fondamentales. Voilà longtemps déjà que les auteurs protestent contre le recours à certains procédés modernes tels que tables d'écoute, microphones, enregistrements (6).

De même doivent être condamnés les procédés d'investigation scientifique destinés à connaître la pensée du prévenu à son insu : hypnotisme, narcotiques, produits pharmaco-dynamiques, sérum de vérité, narco-analyse, narco-interrogatoire, polygraphe, détecteur de mensonge. Si le recours à de telles procédures, unanimement condamnées, est rare, il faut reconnaître que la règle de la liberté des preuves qui régit le droit pénal facilite les abus de la part des services et entrave les droits de la défense de l'individu, d'autant plus que les autorités administratives interviennent également aux différents stades de l'instruction, ce qui ne peut manquer de rejaillir sur la situation de l'individu.

Par. 2. - Le déroulement de l'instruction.

« La pratique nous laisse sur une profonde impression de scepticisme, écrit M. Robert ; le magistrat affecte la plupart du temps de ne point croire à la rigueur des procédés, parce qu'ils lui sont utiles en simplifiant son travail. N'ayant plus entre les mains le solide instrument de la torture, il se juge impuissant et se repose sur des auxiliaires qui sont soustraits à tout contrôle et dont, pour la bonne obtention des résultats qui le soulage, il prend bien soin de ne pas limiter les pouvoirs » (7). Et si la victime proteste contre la manière dont ses aveux ont été extorqués, « devant la Juridiction de jugement, affirme M^r Maurice Garçon, on affecte hautainement de ne pas vouloir mettre en doute des aveux que l'on sait pertinemment avoir été obtenus par la violence ou par la fraude... Le Ministère Public, face à un inculpé qui, par l'extorsion de l'aveu,

(6) Voir ROUSSELET : « Les ruses et les artifices dans l'instruction criminelle », Rec. Sc. crim. 1946 p. 50 ; VOIN : « La preuve obtenue par des moyens illégaux », Rev. Int. police crim. 1955 p. 241 ; GRAVEN : « Microphones et tables d'écoute comme instruments d'enquête pénale », Rev. intern. criminol. et pol. technique 1957 p. 169 ; GRAVEN : « Les procédés nouveaux d'investigation scientifique et la protection des droits de la défense », rapport au V^{me} Congrès intern. de droit comparé 1958 ; BOUZAT : « Les procédés modernes d'investigation et les droits de la défense », Rev. Sc. crim. 1958, suppl. au n° 2, p. 3.

(7) *Op. cit.*, p. 82.

a été dès l'abord considéré comme coupable, et mis peut-être depuis de longs mois en détention préventive, proclame solennellement qu'il ne permettra pas que l'on puisse mettre en doute la valeur des procès-verbaux versés au dossier et affirme qu'il fait confiance à la police ou à la gendarmerie » (8).

Lorsque la machine judiciaire est en marche, la conspiration du silence ou de la complaisance vient à point nommé pour couvrir nombre d'irrégularités, violer la liberté individuelle dans les différentes phases de l'instruction : arrestation, information, détention, et instaurer certaines pratiques officieuses en marge de toute réglementation.

a) *L'arrestation.*

L'arrestation est, pour l'individu, une mesure d'une gravité exceptionnelle, dont les conséquences peuvent être très graves pour son honneur et sa dignité. On concevrait donc qu'elle ne soit confiée qu'à des magistrats, fonctionnaires complètement indépendants. Or, si tel est bien le cas en principe, il est des hypothèses nombreuses en pratique où le préfet peut faire arrêter des personnes soupçonnées (art. 30 C.P.P. cf. infra) et d'autres dans lesquelles le Procureur de la République peut délivrer un mandat d'arrestation.

En cas de crime flagrant, en effet, celui-ci dispose des mêmes pouvoirs que ceux dévolus au juge d'instruction, mais la jurisprudence et la pratique ont édulcoré cette condition, ce qui aboutit à étendre très largement les possibilités d'arrestation du procureur de la République. Aux termes de l'article 40 de l'ancien Code d'instruction criminelle, sa compétence n'était admise qu'en cas de flagrant délit, lorsque le fait était de nature à entraîner une peine afflictive et infamante et qu'il existait des indices graves contre les prévenus.

D'une part, la jurisprudence a admis que la survenance d'une peine afflictive et infamante n'est pas indispensable, une infraction passible d'une simple peine de prison pouvant justifier l'arrestation ; ensuite, les « indices graves » existaient dès lors que de vagues soupçons pesaient sur le suspect, ou qu'il avait été mis en cause par d'autres personnes. Enfin et surtout, la notion de flagrance a reçu une extension considérable, l'expression « délit qui vient de se commettre » s'entendant du moment où les autorités de police

(8) « Les aveux spontanés doivent être spontanés », *Samedi-Soir*, 16 déc. 1950.

se rendent sur les lieux, sans limitation de temps pour y arriver, pourvu que les traces soient encore sur le terrain, ce qui peut recouvrir une période de plusieurs jours.

De même était considéré comme flagrant le crime dénoncé par la clameur publique, définition imprécise par essence et pouvant justifier nombre d'interventions. Si l'on ajoute à cela d'une part que ces procédures étaient applicables au prévenu « trouvé détenteur des choses qui l'accusent » dans « un temps voisin du délit », termes très vagues susceptibles de recevoir une interprétation extensive, et d'autre part que tous les pouvoirs accordés au procureur de la République sont conférés également aux officiers de police judiciaire auxiliaires de ce magistrat, c'est-à-dire les commissaires de police, les maires, adjoints aux maires, juges d'instance, officiers de gendarmerie et même en pratique, les agents de la force publique, on mesure les dangers que courra la protection de la liberté individuelle.

Or les auteurs du code de procédure pénale ont consacré la plupart de ces interprétations jurisprudentielles, et en particulier les notions de « soupçon » et de « flagrance ». L'article 70 C.P.P. dispose en effet : « En cas de crime flagrant et si le juge d'instruction n'est pas encore saisi, le procureur de la République peut décerner mandat d'amener contre toute personne soupçonnée d'avoir participé à l'infraction », et l'article 71 ajoute : « En cas de délit flagrant, lorsque le fait est puni d'une peine d'emprisonnement, et si le juge d'instruction n'est pas saisi, le procureur de la République peut mettre l'inculpé sous mandat de dépôt, après l'avoir interrogé sur son identité et sur les faits qui lui sont reprochés ». La jurisprudence précédente limitatrice de la liberté individuelle se trouve donc codifiée sur ce point.

Il n'est pas jusqu'aux pouvoirs du juge d'instruction lui-même qui ne comportent, en pratique, certains dangers. Les mandats qu'il délivre (mandat de comparution, mandat d'amener, mandat de dépôt, mandat d'arrêt) doivent comporter, en principe à peine de nullité, la signature et le sceau du magistrat, la désignation du prévenu, la mention du fait punissable et des dispositions législatives applicables. Or, trop souvent, une ou plusieurs de ces mentions se trouvent omises, et on se trouve en présence de mandats dont l'imprécision engendre l'arbitraire et est à elle seule une cause de violation de la liberté individuelle. Faute de désigner le prévenu avec suffisamment de détails, il pourra y avoir erreur sur la personne ; faute de désigner le fait punissable, le suspect pourra être poursuivi pour une infraction vague ou générale ; faute enfin

de désigner clairement le texte justifiant la poursuite, sinon par le numéro de l'article du Code, le prévenu ignorera totalement le fondement légal de son arrestation.

A ce sombre tableau, il faut ajouter avec M. Robert « que, pour le mandat d'arrêt tout au moins, aucune limite n'est fixée à l'incarcération, que l'arrestation s'opère souvent sur la simple certitude de l'existence du mandat, et que les juges d'instruction ont même pris l'habitude de décerner des « mandats en blanc ». On se demande alors ce qui peut rester de la liberté individuelle, d'autant plus qu'en pratique, le juge d'instruction régularise souvent après coup une arrestation déjà effectuée et peut difficilement refuser d'ordonner les arrestations requises par le Parquet. En tout cas, les conflits permanents avec le Procureur de la République sont à peu près impossibles, car c'est ce dernier qui établit les notes qui conditionneront l'avancement du juge d'instruction et faciliteront son passage à l'échelon supérieur, qu'il aura hâte d'atteindre pour percevoir une rémunération plus correcte. Quelle que soit sa grandeur d'âme, comment un procureur pourrait-il bien noter un magistrat qui refuserait fréquemment d'obéir à ses réquisitions, avec lequel il serait en conflit permanent, qui s'opposerait à ses ordres, comme il en a théoriquement le droit ? Tout est lié et le juge n'est pas à l'abri des pressions, de par son statut et sa place dans la hiérarchie judiciaire.

Enfin, la pratique de l'arrestation officieuse, qui permet à la police, avant toute information officielle, de retenir le suspect dans ses locaux le temps nécessaire pour que le procureur ou le juge d'instruction puisse intervenir, aboutit par une sorte de spéculation sur l'ignorance par l'individu du contenu de ses droits, à supprimer à son égard toute présomption d'innocence pour consacrer au contraire, une présomption de culpabilité contre laquelle il lui est impossible de se défendre et qui l'entraîne inéluctablement dans les méandres de l'instruction.

b) *L'information.*

L'information, phase de la procédure qui permet au juge d'instruction de réunir des preuves contre l'inculpé, place également celui-ci en position d'infériorité manifeste par rapport au procureur de la République et aux services de police.

Le Procureur, en effet, domine la procédure. Outre les cas de crimes et délits flagrants qui lui donnent compétence, ainsi qu'à ses officiers auxiliaires, pour accomplir personnellement les actes d'ins-

truction, il peut, en temps normal, requérir ou non l'ouverture de l'information, se faire communiquer tous les actes de la procédure, faire opposition aux ordonnances du juge d'instruction. A la fin de l'instruction, il reçoit le dossier des mains du juge et le conserve jusqu'à l'audience, étant libre, de son propre chef, d'ordonner un supplément d'enquête s'il découvre des éléments nouveaux.

Mais ce sont surtout les pouvoirs de la police qui reçoivent un élargissement considérable par le biais des « commissions rogatoires », véritables « blancs-seings » (9) qui aboutissent en fait à confier l'information tout entière à un commissaire de police, sinon à ses adjoints ou à ses subordonnés. Or l'interrogatoire policier est bien plus efficace et plus dangereux que celui du magistrat instructeur. Pour extorquer l'aveu, les policiers se relaient jusqu'à ce que le suspect soit acculé au fameux « vertige mental », torture légale devant laquelle le juge ne peut et ne veut réagir. Mieux, celui-ci se transportera sur les lieux et enregistrera les déclarations de l'inculpé, son aveu étant alors définitivement acquis. Ainsi se trouve livré l'individu, une fois encore, à une police expéditive, efficace, entreprenante et souvent dénuée de scrupules.

Parfois même les textes consacrent cette pratique : l'ordonnance du 2 juin 1960, par exemple, disposait qu'en matière de crimes commis en vue d'apporter une aide aux rebelles algériens, l'enquête serait conduite sans intervention du juge d'instruction, selon la procédure des crimes flagrants prévue aux articles 53 et suivants du Code de procédure pénale, la Chambre des mises en accusation étant compétente pour renvoyer l'affaire devant le Tribunal des Forces Armées. Que peut dès lors l'individu lorsque les textes, le Parquet, le juge et la pratique s'accordent à méconnaître, par souci d'efficacité et de rapidité, les garanties théoriques édictées à son profit ? Il est en grand danger d'être soumis à un arbitraire que la détention préventive ne fera qu'accentuer.

c) *La détention préventive.*

Au stade de la détention préventive, l'inculpé fait l'objet d'un mandat de dépôt et est incarcéré, alors qu'aucune certitude n'existe encore sur sa culpabilité définitive. Certes, c'est une mesure de précaution, dictée par l'intérêt de la société et se présentant comme un moyen d'instruction nécessaire à la marche du procès, une me-

(9) G. BURDEAU : « Les libertés publiques », p. 140. Par ex. : Cass. Crim. 2 janvier 1953, G.P. 1953.1.116.

sure de sûreté apaisant l'opinion publique et une garantie certaine d'exécution de la peine. Mais c'est aussi l'application d'une présomption de culpabilité et une atteinte à la liberté individuelle, parce qu'elle frappe un individu qui n'a pas été jugé et assimilé coupable et non coupable.

Avant la réforme pénale, selon le décret-loi du 18 novembre 1939, la durée de la détention était normalement indéfinie et la décision de mise liberté provisoire laissée à la discrétion du juge d'instruction. Elle n'était de droit que dans un seul cas, en matière correctionnelle, cinq jours après l'interrogatoire de première comparution, lorsque le maximum de la peine encourue était inférieur à deux ans d'emprisonnement, à condition que le prévenu n'eût jamais été condamné et fût domicilié en France.

Le Code de Procédure Pénale a tempéré cette rigueur et stipule expressément (art. 137) que « la détention préventive est une mesure exceptionnelle », ce qui se traduit par la reconnaissance de son caractère temporaire. En dehors de la mise en liberté provisoire de droit en matière correctionnelle, la durée de la détention préventive ne peut excéder quatre mois. Sa prolongation peut être prononcée par ordonnance spécialement motivée du juge d'instruction, rendue sur les réquisitions également motivées du Procureur de la République. Enfin, en certains cas, la mise en liberté provisoire est possible, mais c'est une faveur, non un droit.

Malgré ces adoucissements, la détention préventive reste une mesure très grave pour l'individu, car elle peut conduire un innocent en prison et le soumettre au bon vouloir du juge d'instruction ou du procureur de la République. Le prévenu dispose bien d'une voie de recours devant la Chambre des mises en accusations de la Cour d'Appel, qualifiée par le Code de procédure pénale de juridiction du second degré, mais l'allongement de la procédure ne prive pas d'effet la détention préventive, qui est maintenue jusqu'à la décision de la Chambre d'accusation. Au reste, ce n'est point tant la longueur abusive des détentions qu'il faut regretter, que leur nombre excessif, le juge d'instruction ayant tendance à recourir de plus en plus fréquemment à la détention préventive. C'est en elle-même que celle-ci est préjudiciable à la liberté et non pas seulement en fonction de sa durée. S'appuyant sur une statistique de 1952, M. Robert estimait déjà qu'un prévenu pour deux détentions (8986 prévenus pour 24906 incarcérés) constituait « une proportion invraisemblable » (10). Depuis lors, l'évolution n'a fait que s'ac-

(10) *Op. cit.*, p. 106.

centuer et l'on tend vers une proportion plus invraisemblable encore qui, au rythme actuel, sera atteinte d'ici à quelques années : un prévenu pour un détenu !

On en jugera d'après ces quelques chiffres éloquentes dans leur sécheresse, extraits des rapports généraux sur l'activité des services de l'Administration pénitentiaire établis chaque année :

Date	Population pénale totale	Condamnés	Prévenus	Activistes	
au 1-1-1960	26.795	14.962	11.310		
au 1-1-1961	28.677	16.254	11.729		
au 1-1-1962	29.733	17.301	11.560		
au 1-1-1963	28.404	15.064	12.466	647	
au 1-1-1964	29.157	16.387	11.850	988	
au 1-1-1965	31.245	17.301	12.992	537	

Alors que depuis une quinzaine d'années le nombre des condamnés n'a subi que peu de variations, oscillant de 15.000 à 17.000, celui des prévenus est en constante augmentation dans l'ensemble, passant de 9.000 en 1952 à 13.000 en 1965. Mieux que toute discussion, cette constatation prouve le danger causé à la liberté individuelle par la pratique de la détention préventive. Alors que, durant l'année 1963, le nombre des condamnés a été en augmentation et celui des prévenus en diminution, en 1964 le nombre des prévenus s'est accru de 9,6 % contre 5,5 % seulement d'accroissement pour le chiffre des condamnés. Au 1^{er} janvier 1965, 42,8 % des occupants des prisons étaient des prévenus, c'est-à-dire des personnes dont la culpabilité définitive n'était pas établie, ce qui veut dire en clair que, compte tenu des variations dans les entrées et sorties en cours d'année, un incarcéré sur deux est un inculpé qui n'a pas encore été jugé et à qui on applique de cette manière la présomption d'innocence ! Il est vrai que parmi les prévenus, beaucoup seront condamnés effectivement, car le juge ne décide pas une incarcération à la légère ; mais il est non moins vrai que plus le nombre des prévenus augmente, plus des innocents courent le risque de se voir

placés sous mandat de dépôt. Là encore l'instauration d'une certaine pratique, qui tourne rapidement à l'habitude ou à la coutume, est le plus grand malheur qui puisse arriver à la liberté de l'individu.

Telles sont les faiblesses que l'on peut relever dans la procédure d'instruction. Bien entendu, leur existence et leur constatation n'enlèvent rien à la valeur intrinsèque du contrôle juridictionnel et aux avantages que la procédure pénale comporte par ailleurs pour le respect de la liberté de l'individu. Simplement permettent-elles de s'apercevoir que les textes ou les circonstances et, en tout cas, la pratique ont conduit le juge, soit à son corps défendant, soit plus souvent par complaisance, à consentir à un vaste élargissement de fait des pouvoirs du procureur de la République ou des services de police judiciaire, et à couvrir certains agissements bénéfiques à son action mais préjudiciables à une garantie vraiment efficace de la liberté individuelle. Toujours est-il que la protection de la liberté par le contrôle juridictionnel trouve une de ses limites dans l'action des autorités administratives auxiliaires du pouvoir judiciaire. A plus forte raison en est-il de même lorsque celles-ci interviennent à titre principal.

Section II

L'INTERVENTION DE L'ADMINISTRATION A TITRE PRINCIPAL

Le législateur autorise parfois l'Administration à restreindre la sûreté individuelle et cette intervention dans la sphère de la liberté peut être génératrice de graves dangers. Certes ce n'est pas l'habilitation elle-même qui réduit les garanties, mais la nature de l'autorité qui agit et surtout la marge d'appréciation qui lui est laissée. En d'autres termes, l'Administration est le Pouvoir, et toute restriction aux libertés imposée par elle peut facilement devenir une mesure arbitraire, en raison de la largeur et de l'imprécision des textes qui limitent le contrôle juridictionnel et l'obligent à s'exercer d'une façon lointaine et diffuse. Si généraux sont les textes, que l'autorité administrative peut les violer et porter atteinte à la liberté des individus en dehors de l'intervention des juges. Ce « dépassement » des textes limitant le contrôle du juge est très net en matière de détention par mesure administrative et varie en gravité selon qu'il s'agit de l'article 30 du Code de Pro-

cédure Pénale (Par. 1), de l'internement des aliénés (Par. 2), de l'internement administratif (Par. 3) ou de l'expulsion administrative des étrangers (Par. 4).

Par. 1. - Les pouvoirs d'instruction criminelle du préfet.

Les pouvoirs d'instruction criminelle du préfet contre les auteurs d'atteintes à la sûreté de l'Etat résultent de l'article 30 du Code de Procédure Pénale (ancien article 10 du Code d'Instruction criminelle) modifié par l'ordonnance du 13 février 1960 et la loi du 15 janvier 1963. L'ordonnance du 13 février 1960 dispose : « En matière de crimes et délits contre la sûreté de l'Etat et seulement s'il y a urgence, les préfets des départements et, dans le département de la Seine, le préfet de police peuvent faire personnellement tous actes nécessaires à l'effet de constater les crimes et délits ci-dessus spécifiés ou requérir par écrit à cet effet les officiers de police judiciaire compétents ». La loi du 15 janvier 1963 (relative à la création de la Cour de sûreté de l'Etat) ajoute ensuite :

« S'il est fait usage de ce droit en temps de paix, le préfet est tenu d'en aviser aussitôt le Ministère public près la Cour de sûreté de l'Etat et, dans les quarante-huit heures qui suivront l'ouverture des opérations, de transférer l'affaire à cette autorité en lui transmettant les pièces et en lui faisant conduire toutes les personnes appréhendées, le tout à peine de nullité de la procédure.

Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à ce que les personnes soient ensuite gardées à vue dans le cadre d'une enquête judiciaire. La personne appréhendée ne pourra toutefois être retenue plus de dix jours à compter de son arrestation ».

Ainsi, dès que la sûreté de l'Etat est en cause et qu'il y a urgence, le préfet peut intervenir et accomplir tous les actes nécessaires à la constatation d'une infraction ou la recherche de ses auteurs : interroger les inculpés, entendre les témoins, délivrer des mandats de comparution ou d'amener, opérer des saisies, effectuer des perquisitions... Or, la sûreté de l'Etat concerne le domaine politique, notion vague et indéfinie s'il en est et à tout le moins sujette à variations. Ce motif d'arrestation pourra toujours être invoqué pour des raisons d'opportunité sans que puissent en aucune manière intervenir les juridictions de droit commun, puisque l'affaire est soumise ensuite à la Cour de sûreté de l'Etat, juridiction d'exception offrant moins de garanties pour l'individu (cf. supra).

Les pouvoirs dont dispose le préfet en vertu de l'article 30 étaient déjà critiqués comme ouvrant la porte à l'arbitraire, lorsqu'ils étaient soumis au contrôle des juridictions ordinaires. A plus forte raison doit-il en être de même lorsque celles-ci sont desaisies au profit d'une juridiction d'exception, réduisant davantage encore la protection de la liberté individuelle. La sûreté de l'Etat constitue désormais un monde à part du point de vue juridictionnel, et rien n'est plus dangereux pour l'individu que cette sorte de résurrection de la vieille raison d'Etat. Si à certains égards, la création de la Cour de sûreté de l'Etat constituait un progrès, sur ce point, elle est en recul très net par rapport à l'ancienne procédure, qui pourtant n'était déjà pas exempte de reproches, tant s'en faut.

De surcroît, on observera que le délai de garde à vue est porté à dix jours, c'est-à-dire doublé en regard du régime instauré précédemment par les ordonnances de février 1960. « Pendant cinq jours, écrivait à l'époque M^e Maurice Garçon, tout citoyen soupçonné à tort ou à raison, de quelque infraction à la loi presque exclusivement en matière politique est, sans pouvoir être défendu, sans connaître même les charges recueillies contre lui, livré à l'arbitraire le plus absolu, sans contrôle véritable possible. C'est la plus grave atteinte légale à la liberté individuelle dont nous ayons été les témoins depuis plus de cent ans. La présomption d'innocence du prévenu, fondement de la procédure accusatoire, est devenue un leurre. Pendant cinq jours la procédure inquisitoriale est rétablie, avec tout ce qu'un passé qu'on pouvait croire aboli a enseigné qu'elle peut comporter d'abus » (11). Le renom de la plume qui a signé ces lignes rend superflu tout commentaire, quand on aura ajouté que le délai est aujourd'hui non plus de cinq mais de dix jours, et que c'est une juridiction d'exception qui est appelée à se prononcer ensuite.

Le seul contrôle vraiment efficace est celui qu'exerce le Conseil d'Etat sur les décisions préfectorales en application de la jurisprudence « Frampar » (12). Les pouvoirs du préfet lui sont conférés pour « constater » les crimes et délits, ce qui suppose qu'une infraction a été commise. Il ne peut se fonder sur l'article 30 pour prendre une mesure préventive qui est du ressort exclusif de son pouvoir de police administrative. Il en résulte que le recours à l'article 30 C.P.P. ne légitime pas « ipso facto » la mesure prise, et que le

(11) Cité par M. BURDEAU : « Les libertés publiques », p. 150.

(12) C.E. 24 juin 1960, précité.

Conseil d'Etat se réserve le droit de vérifier et apprécier, dans chaque cas, si cette dernière a pour objet de constater des crimes ou délits contre la sûreté de l'Etat ou présente, en réalité, le caractère d'une mesure administrative préventive, dictée par des considérations d'ordre public. En ce cas, le Conseil d'Etat censure le détournement de procédure commis par le préfet. Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut « qu'il résulte manifestement de l'ensemble des circonstances de l'affaire » que la décision préfectorale revêt le caractère d'une décision administrative, ce qui n'apparaîtra pas toujours aussi clairement que dans l'espèce « Frampar ». Néanmoins, en procédant de la sorte, le juge prouve son désir de rechercher les véritables motifs d'un acte derrière ceux qu'invoque l'autorité administrative.

Par. 2. - L'internement des aliénés.

On sait que la loi du 30 juin 1838, intégrée au Code de la Santé Publique prévoit deux modes d'internement des aliénés : un placement volontaire, à l'initiative de la famille (art. L. 333 à L. 342 du C.S.P.), sous contrôle préfectoral ; un internement d'office, opère par le Préfet de Police à Paris, les préfets dans les départements (art. L. 343 à L. 349 C.S.P.). Comme il a été dit en première partie, les compétences juridictionnelles sont spécialisées pour connaître des litiges relatifs aux internements d'aliénés : les juridictions administratives apprécient la régularité de l'acte administratif d'internement ou de refus d'autorisation de sortie, les juridictions judiciaires connaissent du bien-fondé de la mesure d'internement ou de refus de libération, ainsi que des actions en responsabilité fondées sur des internements abusifs.

En pratique cependant, le contrôle s'avère souvent illusoire car le préfet dispose de pouvoirs élargis dont le juge peut difficilement apprécier l'usage, en raison du particularisme de cette matière. A l'origine, toute intervention judiciaire est exclue, le préfet agissant en vue du maintien de l'ordre public et non, du moins directement, dans l'intérêt du malade. De plus, en cas de placement d'office, le médecin n'est souvent appelé à donner son avis qu'après l'internement. Lorsque la « notoriété publique » l'exige en effet, et là encore, c'est une notion vague et imprécise, l'ordre du préfet suffit, fondé sur le danger que représente pour la sécurité publique le maintien en liberté du malade. Mais le préfet peut se tromper, ou être mal renseigné, car les conspirations ne sont pas rares en ce domaine, lorsqu'on veut absolument se débarrasser de quelqu'un.

En cours de détention, les mesures prévues sont insuffisantes, car les rapports médicaux sont tardifs et émanent de médecins de l'Administration, qui peuvent n'être pas tout à fait impartiaux et, en tout cas, sont presque toujours surchargés. Le contrôle judiciaire s'exerce sous la forme de visites et d'enregistrement des réclamations.

Quant à sa sortie de l'asile, l'aliéné qui est entré dans l'établissement sur placement d'office ne peut être libéré que par un arrêté émanant du préfet. La constatation de la guérison ne suffit pas, il faut obligatoirement l'ordre du préfet. Autant dire que les risques d'internements arbitraires sont grands, et plus encore ceux de prolongations abusives de détention, devant lesquelles le juge est souvent désarmé, la raison du malade pouvant être jugée à la fois normale par un médecin, et troublée, pour un autre.

Enfin, on notera que le préfet n'intervient pas nécessairement lui-même. A Paris, le Préfet de Police peut se faire remplacer par un commissaire de police, lequel peut faire envoyer le supposé malade à l'infirmerie spéciale du dépôt ; on décidera ensuite de l'internement.

Pour toutes ces raisons, les dangers sont grands pour des individus normaux de se voir internés dans un asile d'aliénés, et les nombreuses décisions judiciaires rendues en la matière en sont la preuve. Mais là encore, le contrôle est limité par l'imprécision des textes, la loi de 1838 permettant l'arrestation pour aliénation mentale sur simple affaiblissement des facultés intellectuelles de l'individu. Cette imprécision laisse aux autorités administratives une grande marge d'appréciation et, pour employer un terme technique en son acception précise et bien déterminée, à l'intérieur de cette « fourchette », et même parfois à l'extérieur, très lointain ou superficiel s'avère le contrôle juridictionnel. Un contrôle judiciaire beaucoup plus efficace que celui exercé par le Parquet, une surveillance plus poussée liée au développement de la psychanalyse et de la psychiatrie, et surtout la mise en œuvre de moyens matériels correspondant aux progrès de la science, à la croissance de la population et au développement des conditions d'existence, bref l'adaptation du monde moderne à la vie de l'homme du XX^{me} siècle, tels sont les seuls et nécessaires remèdes qui permettront de résoudre le douloureux problème de l'aliénation mentale.

Par. 3. - L'internement administratif.

Ici encore, la généralité et l'imprécision des textes fondant la compétence de l'autorité administrative sont telles que celle-ci peut

agir pratiquement à sa guise sans que le contrôle juridictionnel s'avère efficace, le juge appliquant une présomption favorable non plus aux libertés, mais à l'action de l'Administration.

L'internement administratif est une mesure très grave car il autorise le Gouvernement, en période de crise intérieure ou extérieure, à priver des citoyens de leur liberté pour un temps indéterminé, bien que juridiquement, ils ne soient coupables d'aucune infraction. L'individu est interné parce que sa liberté est présumée constituer une menace pour l'ordre public et la sécurité. Il n'a commis aucun acte répréhensible, mais son attitude passée, son affiliation à tel ou tel mouvement, son appartenance à telle race, à tel milieu, le rendent suspect et motivent son internement par décision administrative, c'est-à-dire par immixtion de l'autorité gouvernementale dans le domaine judiciaire. La gravité de cette mesure devrait la rendre tout à fait exceptionnelle et l'enfermer dans des limites strictes et bien précises. Or, cette notion a reçu une extension constante, tant dans sa mise en œuvre que dans sa durée et son champ d'application. De 1939 à 1962, le régime de l'internement administratif a été mis en application pendant 12 ans, soit la moitié du temps, d'abord dans le cadre de la deuxième guerre mondiale, ensuite en relation avec les événements d'Algérie. Mais surtout, à chaque époque, on constate une progression dans l'imprécision des termes et un élargissement des catégories d'individus soumis à internement, ce qui a créé une évolution analogue au processus inflationniste, devant laquelle le juge s'est trouvé débordé et a renoncé à exercer un contrôle vraiment efficace.

I. — Les textes et leur application :

a) L'internement administratif en liaison avec les circonstances de la deuxième guerre mondiale.

— Le décret du 3 mai 1938 assigne à résidence forcée l'étranger dans l'impossibilité de quitter le territoire national.

— Le décret du 12 novembre 1938 autorise l'internement dans un camp de concentration de l'étranger, qui, ne pouvant quitter la France, justifie par son comportement des mesures de surveillance plus étroites dans l'intérêt de l'ordre et de la sécurité publique.

— Le régime de l'internement administratif proprement dit résulte du décret-loi du 18 novembre 1939 ; dans les cas prévus par l'article 1^{er} de la loi du 11 juillet 1938 (sur l'organisation de la Nation en temps de guerre), quand l'état de siège est décrété, les individus dangereux pour la Défense Nationale ou pour la sécurité

publique peuvent, sur décision du préfet, être éloignés par l'autorité militaire des lieux où ils résident et, en cas de nécessité, être astreints à résider dans un centre désigné par décision du Ministre de la Défense Nationale et de la Guerre et du Ministre de l'Intérieur. Une peine de prison de 1 à 5 ans est prévue en cas d'infraction à ces dispositions.

Le Gouvernement de Vichy devait aggraver et perfectionner le système.

— La loi du 3 septembre 1940 prévoit que les individus visés par le décret-loi du 18 novembre 1939 peuvent, sur décision du préfet, être internés administrativement dans un établissement spécialisé.

— La loi du 27 septembre 1940 étend ces mesures aux étrangers en surnombre dans l'économie française.

— Parallèlement, la loi du 4 octobre 1940 supprime tout contrôle administratif. L'internement administratif devient une mesure ordinaire et automatique à l'encontre des étrangers et des juifs.

— La loi du 28 juin 1941 étend les mesures de la loi du 3 septembre 1940 aux étrangers de race juive, et en matière économique, autorise le Secrétaire d'Etat à l'Intérieur à ordonner l'internement des individus portant atteinte à la politique des prix et du ravitaillement.

— La loi du 2 juin 1941 dite « Statut des Juifs » autorise l'internement administratif des juifs de nationalité française.

— La loi du 18 juillet 1941 autorise l'éloignement des lieux où elles résident des personnes dont la présence est cause « d'inconvénients en ce qui concerne le maintien de l'ordre public ».

— La loi du 15 octobre 1941 modifiant l'article 1^{er} du décret-loi du 18 novembre 1939, autorise le Secrétaire d'Etat à l'Intérieur et les préfets à éloigner par voie d'autorité les individus dangereux des lieux où ils habitent. En cas de nécessité, ils peuvent être astreints à résider dans un centre désigné à cet effet. En outre, l'article 1^{er} de la loi du 3 septembre 1940 est également modifié, autorisant le Secrétaire d'Etat à l'Intérieur ou le préfet à prononcer l'internement administratif, dans un établissement donné, des individus dangereux pour la défense nationale.

— La loi du 28 octobre 1941 prévoit l'internement administratif contre les individus soupçonnés d'écouter les émissions radio-phoniques étrangères.

— La loi du 10 août 1942 réprime l'évasion des internés administratifs et la complicité en matière d'évasion. Elle s'applique aux individus qui, astreints à résider dans un centre déterminé, le quitteraient sans autorisation, ceux qui auraient tenté de s'évader, favorisé l'évasion ou recélé un individu faisant l'objet d'un arrêté d'internement.

Les autorités de la France Libre, trouvant dans l'internement administratif une procédure simple, rapide et efficace, devaient, à leur tour, y avoir largement recours.

— L'ordonnance du 18 novembre 1943 reprend, pour les refondre, toutes les dispositions précédentes et stipule que jusqu'à la cessation légale des hostilités, les individus dangereux pour la défense nationale et la sécurité publique peuvent sur décision du Gouvernement, du Résident général, du Gouverneur ou du préfet, être éloignés, astreints à une résidence ou internés administrativement.

— L'ordonnance du 4 octobre 1944 confirme ces dispositions et prévoit pour les individus dangereux pour la défense nationale ou la sécurité publique l'éloignement des lieux, l'assignation à résidence surveillée ou l'internement administratif. La généralité de la formule permettait à la fois de poursuivre les collaborateurs et de punir les infractions à la législation sur les prix et le ravitaillement (c'est-à-dire, en clair, de réprimer le « marché noir »).

— L'ordonnance du 29 janvier 1945, enfin, a étendu le régime de l'internement administratif et prévu que les individus dangereux internés par mesure administrative ou à la suite d'agissements portant atteinte à l'économie ou au ravitaillement pourraient, s'ils disposaient de ressources suffisantes, être astreints au remboursement des frais de leur entretien.

Tous ces textes, en raison des circonstances, ont reçu une application très large facilitée d'ailleurs par l'imprécision des diverses incriminations législatives qui justifiait, en pratique, les mesures arbitraires et leur caractère quasi-discrétionnaire. La même tendance est de nouveau apparue une dizaine d'années plus tard, à une autre époque de notre histoire, liée celle-là aux événements d'Algérie.

b) L'internement administratif en liaison avec les événements d'Algérie.

1. LES TEXTES. — Déjà la législation sur l'état d'urgence (lois des 3 avril et 7 avril 1955) permettait à l'autorité administrative

d'assigner à résidence les individus dont l'activité s'avérait dangereuse pour la sécurité et l'ordre publics, stipulant cependant qu'« en aucun cas l'assignation à résidence ne pourra avoir pour effet la création de camps où seraient détenus les personnes assignées à résidence » (art. 6 de la loi du 3 avril 1955, cf. supra).

— Le décret du 17 mars 1956 pris en application de la loi du 16 mars 1956 sur les pouvoirs spéciaux supprimait cette restriction et reconnaissait au Ministre résident en Algérie le pouvoir de prononcer des internements administratifs (du moins la jurisprudence a-t-elle interprété le texte en ce sens) sur tout le territoire algérien à l'encontre de « toute personne dont l'activité s'avérait dangereuse pour la sécurité ou l'ordre public ».

— La loi du 26 juillet 1957 autorisait le Ministre de l'Intérieur à assigner à résidence toute personne condamnée pour atteinte à la sûreté de l'Etat, menace de mort, rébellion, participation à un groupement dissous, extorsion de fonds, détention d'armes ou d'explosifs. Le texte visait spécialement les musulmans algériens résidant en France et laissait à l'Administration la libre appréciation du caractère dangereux des individus. La seule condition pour que s'appliquât la loi était l'existence d'une condamnation préalable par le juge, fût-ce une simple peine d'amende avec sursis.

— La restriction de la liberté s'accroît avec l'ordonnance du 7 octobre 1958 prise dans le cadre de l'article 92 de la Constitution et applicable en France comme en Algérie. A tous les points de vue, la protection de la liberté est en régression. Tout d'abord, sont visées par les dispositions de l'ordonnance « les personnes dangereuses pour la sécurité publique, en raison de l'aide matérielle, directe ou indirecte, qu'elles apportent aux rebelles des départements algériens ». Ensuite, sont prévus non seulement l'assignation à résidence dans une localité désignée à cette fin, mais aussi, et pour la première fois d'une manière expresse, l'internement administratif dans un établissement désigné par le Ministre de l'Intérieur.

De plus, l'arrêté ordonnant l'assignation à résidence ou l'internement administratif est normalement de la compétence du Ministre de l'Intérieur, mais peut également être pris par le préfet de police à Paris et par les préfets dans les départements, sans toutefois que l'assignation ou l'internement puisse excéder 15 jours en cette hypothèse. Par ailleurs, de sévères sanctions sont prévues contre les auteurs d'infractions à un arrêté : 3 mois à 3 ans d'emprisonnement et une amende de 500 à 5.000 nouveaux francs.

L'ordonnance de 1958 permet donc l'internement d'individus n'ayant jamais fait l'objet d'une condamnation, soit qu'ils n'aient jamais comparu devant un tribunal, soit qu'ils aient été acquittés, auquel cas ils ne sont que changer d'administration pénitentiaire.

— Enfin, la décision du 24 avril 1961 prise par le Président de la République confère une nouvelle extension au champ d'application de l'ordonnance du 7 octobre 1958. L'article 1^{er} stipule en effet : « Par application de l'article 16 de la Constitution, les dispositions de l'ordonnance n° 58-916 du 7 octobre 1958 sont applicables à toute personne qui, par quelque moyen que ce soit, participe à une entreprise de subversion dirigée contre les autorités et les lois de la République ou encourage cette subversion ». La progression est donc très nette : déjà très restrictive de la liberté individuelle, l'ordonnance de 1958 supposait cependant pour être appliquée, une aide « matérielle » aux « rebelles des départements algériens ». La décision du 24 avril 1961 s'applique à une participation par quelque moyen que ce soit à une entreprise de subversion ou à un encouragement à cette subversion. « Ratione personæ » et « ratione materiæ », l'extension est très grande, la décision du 24 avril justifiant l'internement des personnes apportant une aide morale à l'O.A.S., ne serait-ce que par un soutien verbal ou une simple déclaration publique.

Par le jeu de prorogations successives, les effets de la décision du 24 avril 1961 se sont prolongés jusqu'au 31 mai 1963 (la décision du 29 septembre 1961 ayant prorogé la durée d'application de la décision du 24 avril jusqu'au 15 juillet 1962 et l'ordonnance du 13 juillet 1962 ayant maintenu jusqu'au 31 mai 1963 l'application de la décision du 29 septembre 1961).

2. LEUR APPLICATION. — De tous ces textes, les autorités gouvernementales ont fait une application très large et extensive quant aux pouvoirs de limitation de la liberté individuelle qui leur étaient reconnus. Tout d'abord, le décret du 17 mars 1956 autorisait « l'assignation à résidence surveillée ou non », et imposait aux autorités administratives l'obligation d'assurer la subsistance et l'hébergement des individus astreints à résidence. Or, les autorités ont interprété cette disposition comme leur permettant de créer des camps d'internement déguisés sous le nom de « centres d'hébergement ». Cela revenait à assimiler l'assignation à résidence à l'internement administratif.

Mais les deux institutions sont bien distinctes et comportent des restrictions à la liberté individuelle plus sévères dans l'une que

dans l'autre. L'assignation à résidence surveillée laisse l'individu libre de vivre en famille, d'aller et venir dans un certain périmètre, d'exercer sa profession, d'assurer son logement et sa subsistance par ses propres moyens (au moins en principe, le décret du 17 mars 1956 imposant à l'Administration l'hébergement et la subsistance des personnes assignées à résidence). Seule lui est faite l'obligation, sanctionnée pénalement, de ne pas s'éloigner sans autorisation et de se soumettre à des contrôles de police, périodiquement ou non (13). Au contraire, l'internement administratif est une véritable détention dans un camp ou un établissement désigné par l'autorité administrative, ce qui veut dire que l'interné est privé de sa liberté et de ses corollaires : liberté d'aller et venir, liberté du travail, liberté du domicile, vie de famille... Il est pris totalement en charge par l'Administration et est à son égard dans un état de complète dépendance. C'est l'emprisonnement sans ou malgré une décision judiciaire.

Dès lors, l'interprétation du décret du 17 mars 1956 fait apparaître à l'évidence l'atteinte portée à la liberté individuelle par l'autorité administrative, lorsque celle-ci entend « assignation à résidence » dans le sens d'« internement administratif ». Une mesure légèrement restrictive de la liberté est interprétée comme constituant une mesure fortement restrictive. Certes, le texte n'était pas très explicite puisqu'il imposait à l'Administration l'obligation d'assurer la subsistance et l'hébergement des personnes astreintes à résidence. De même, il était normal que celle-ci entendît le texte en un sens favorable à son action plutôt qu'à la liberté. Du moins pouvait-on penser que le juge allait sanctionner cette interprétation, puisqu'il est de règle, lorsque la liberté est en jeu, que les limitations soient interprétées dans un sens strict.

Pourtant, le Conseil d'Etat, dans l'arrêt « Zaquin » du 16 mars 1958 (14), a admis la légalité des mesures d'assignation à résidence réalisées en pratique par la création de centres d'internement, estimant que « les auteurs du décret ont entendu conférer à l'autorité administrative le pouvoir de prendre toutes les mesures de surveillance qu'imposent pour assurer l'efficacité desdites assignations à résidence, les nécessités nées des circonstances exceptionnelles existant en Algérie, même si ces mesures de surveillance entraînent privation de liberté pour les individus qui en font l'objet ». En l'espèce, la Haute Juridiction n'a pas tenu compte de la règle tra-

(13) Cf. VIATTE : « L'assignation à résidence », J.C.P. 1961.I.636.

(14) C.E. Ass., Rec. p. 150.

ditionnelle selon laquelle lorsque les libertés sont en cause, les restrictions qui leur sont apportées sont interprétées dans leur sens le plus strict, et a permis, de ce fait, sur le plan juridique, l'internement de milliers de personnes alors que le texte ne le permettait pas d'une façon formelle.

En d'autres termes, le Conseil d'Etat suit un raisonnement opposé à celui qu'il adopte en temps normal et consacre l'existence d'une présomption inversée. Au lieu d'affirmer, dans le silence d'un texte, que la liberté est la règle et la limitation l'exception et donc qu'une disposition expresse est nécessaire pour que la liberté soit réduite (cf. 1^{re} partie), il déclare que le maintien de l'ordre (et sa conséquence l'accroissement des restrictions à la liberté) est la règle, et la liberté l'exception. D'un côté, l'exercice d'un droit ou d'une liberté est reconnu parce que le texte ne l'exclut pas, ce qui indique l'application d'une présomption d'existence de ce droit ou cette liberté ; de l'autre l'exercice du droit et de la liberté n'est pas reconnu, parce que le texte n'exclut pas l'atteinte qui peut leur être portée. En ce cas s'applique une présomption de non existence du droit ou de la liberté. Dans le doute, un texte équivoque ou peu clair est interprété dans un sens favorable à l'extension des pouvoirs de l'Administration, et par conséquent restrictif des libertés. C'est là le contrepied du principe selon lequel les restrictions aux libertés sont d'interprétation stricte, et un accroissement jurisprudentiel du pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative.

Dans quel cas cette inversion de la présomption de respect des libertés par le juge est-elle réalisée ? Lorsque, répond le Conseil d'Etat, « les nécessités nées des circonstances exceptionnelles » l'exigent, c'est-à-dire en particulier, comme on l'a vu, sous le régime de l'état d'urgence, des pouvoirs spéciaux, des pouvoirs exceptionnels de l'article 16. La loi du 26 juillet 1957 qui, on le sait, accordait les pouvoirs spéciaux au gouvernement Bourgès-Maunoury, a reçu la même interprétation, des camps d'internement ayant été ouverts en Métropole pour recevoir les personnes assignées à résidence.

Il semble donc qu'en période exceptionnelle, la démarche du juge, en raison soit des circonstances, soit de la généralité des textes fondant la compétence des autorités administratives, s'exerce dans un sens moins favorable à la liberté. Tout contrôle n'est certes pas exclu, on l'a vu, mais l'action conjuguée du législateur et de l'Administration rendent le juge plus timoré dans l'exercice de sa mission.

II. — *L'insuffisance du contrôle juridictionnel :*

a) Durant la deuxième guerre mondiale.

Insuffisant, le contrôle juridictionnel l'a été incontestablement durant la *deuxième guerre mondiale*.

1. - Sous le régime de Vichy, la prolifération de multiples juridictions d'exception en est une preuve patente : Cour Martiale, créée le 24 septembre 1940, pour juger les individus accusés de crimes et de manœuvres contre l'unité et la sauvegarde de la Patrie ; Cour criminelle spéciale, créée le 21 mars 1942 pour connaître de la répression des délits d'accaparement et d'abattage clandestin ; les attributions de cette dernière furent dévolues au Tribunal d'Etat, établi le 7 septembre 1941 pour juger d'une manière générale les auteurs et complices de tous actes, quelle qu'en soit la qualification, de nature à troubler l'ordre, la paix intérieure, la tranquillité publique, ou à nuire au peuple français ; puis de nouveau, Cour martiale, jugeant les individus arrêtés en flagrant délit de meurtre, Cour criminelle extraordinaire, connaissant des mêmes actes en l'absence de flagrant délit, tribunaux du maintien de l'ordre, sanctionnant les abandons de poste, crimes ou délits contre la discipline militaire commis par les membres des forces relevant du Ministre de l'Intérieur. Toutes ces juridictions, si l'on peut appeler ainsi des organismes créés plus dans un but d'épuration que pour rendre la justice, statuaient selon une procédure expéditive et rigoureuse, excluant le plus souvent le respect des droits de la défense, les recours, les circonstances atténuantes, le sursis.

2. - A la Libération naquirent les Cours de justice, pures juridictions politiques chargées de juger les collaborateurs, composées de magistrats et de jurés devant avoir fait toujours preuve de sentiments nationaux. Par ailleurs, était créée une commission de vérification des internements administratifs dans chaque département par le Ministre de l'Intérieur ou par les Commissaires régionaux de la République, appelée à donner son avis sur toute mesure administrative privative ou restrictive de liberté. Mais sa saisine ne suspendait pas l'application de la décision d'internement qui était immédiatement exécutoire. Ces commissions n'ont pu jouer un grand rôle, en raison du nombre élevé des internés et des difficultés d'entrer en contact avec eux, et aussi à cause de la généralité des textes qui conféraient aux autorités administratives un pouvoir quasi-discrétionnaire à l'encontre des individus « dangereux pour la Défense Nationale ». En outre, seule une décision émanant de l'auteur de la détention pouvait mettre fin à l'internement, ce qui

dans la mesure où les commissions ne se bornaient pas à entériner les décisions préfectorales, enlevait toute portée à leur avis. Enfin, l'internement administratif pouvait s'appliquer à tout individu, fût-il acquitté par la juridiction pénale.

Restait alors le recours à la juridiction administrative, par la voie du recours pour excès de pouvoir ou du recours de pleine juridiction. A cet égard, M. J. Robert a montré que le rôle du Conseil d'Etat était loin d'être négligeable et que de nombreuses décisions étaient intervenues, prononçant l'annulation d'arrêtés d'internement ou retenant des fautes de nature à engager la responsabilité de l'Etat (15) : annulation pour incompétence (16), pour vice de forme, les individus étant internés sans arrêté administratif d'internement ou sans que la commission de vérification ait été appelée à donner son avis (auquel cas la procédure n'est pas annulée, mais la responsabilité de l'Etat se trouve engagée) (17), pour violation de la loi (existence matérielle des motifs : C.E. 2 novembre 1949 Andréani (18) ; appréciation des motifs C.E. 16 juillet 1947 Galabert (19)).

Au lendemain de la Libération, le Conseil d'Etat a donc joué son rôle de protecteur de la liberté en sanctionnant les internements administratifs abusifs, et l'on regrettera seulement que plusieurs années se soient écoulées entre l'internement et l'annulation de la décision illégale ou la reconnaissance de la faute lourde à l'encontre de l'Administration, l'efficacité du contrôle s'arrêtant au plan juridique (mais ceci est un autre problème - cf. infra).

b) En relation avec les événements d'Algérie.

Possibles théoriquement, les recours intentés par les victimes d'internements administratifs arbitraires intervenus en relation avec les événements d'Algérie, se sont avérés illusoires, bien souvent, en pratique. Le recours gracieux devant l'auteur de l'acte a peu de chances d'aboutir, l'internement étant lié à des considérations d'ordre politique ; la Commission de vérification des mesures de sécurité publique créée par l'ordonnance de 1958, était saisie obligatoi-

(15) *Op. cit.*, pp. 222-229.

(16) C.E. 25 juin 1947, Prory, Rec. p. 280 ; C.E. 3 décembre 1948, Bourrut-Lacouture, Rec. p. 454 ; C.E. 27 février 1948, Frocrain, S. 1950.III p. 25.

(17) C.E. 23 janvier 1948, Rigal, Rec. p. 38.

(18) Rec. p. 454.

(19) Rec. p. 321.

rement de toute décision d'internement, mais à titre consultatif seulement, son avis ne liant en aucune manière l'autorité administrative ; de même la Commission de sauvegarde des droits et des libertés individuelles n'avait aucun pouvoir de décision, se bornant à adresser un rapport au Premier Ministre, rapport restant le plus souvent secret, les membres de la Commission étant tenus au secret professionnel. Le réalisme et l'objectivité que ces Commissions étaient susceptibles d'apporter dans l'accomplissement de leur mission ne pouvaient se traduire au plan des décisions et laissaient, en définitive, le Gouvernement libre de ses mouvements.

Restaient alors les recours en annulation et en responsabilité devant la juridiction administrative. Mais là encore la largeur et la généralité des textes constituaient une limite à l'efficacité du contrôle juridictionnel.

Il fallait d'abord que l'interné pût matériellement intenter un recours, ce qui n'était pas toujours possible car durant quinze jours, il n'avait aucune communication avec l'extérieur et ne pouvait pas même recevoir l'assistance d'un avocat. A cela s'ajoutait l'ignorance des griefs qui lui étaient reprochés, puisque, les décisions d'internement étant des mesures préventives de police et non des sanctions, elles échappaient au principe général du droit de la défense (20). N'ayant pas à être motivé, l'arrêté n'avait pas non plus à être précédé de la communication du dossier à l'intéressé et notamment des charges retenues à son encontre.

Par ailleurs, le recours n'est pas suspensif et, puisque les décisions d'internement concernent le maintien de l'ordre public, la procédure du sursis ne peut s'appliquer. C'est dire que, la plupart du temps, le juge n'a été saisi que plusieurs semaines après le début de l'internement et a statué après la libération du requérant. L'eût-il fait en temps voulu, d'ailleurs, que le résultat eût été pratiquement le même, le contrôle de légalité étant tout à fait limité de la part du juge. Si larges en effet sont les textes, que l'autorité administrative se voit reconnaître un pouvoir quasi-discretionnaire, le juge ne recherchant pas si les faits sont de nature à justifier la décision, mais se bornant à contrôler si celle-ci n'est pas étrangère au champ d'application de la loi.

Seuls sont retenus les cas d'incompétence et de vice de forme, rarement la violation de la loi et encore plus rarement le détour-

(20) Cf. arrêts précités C.E. 16 décembre 1955, Dame Bourokha, D. 1956.392 note R. Drago ; C.E. 3 février 1956, Keddar, D. 1956 p. 397.

nement de pouvoir (21). C'est ainsi que le Conseil d'Etat a considéré comme légales les mesures d'internement destinées à faire échec à des décisions de justice prononçant la mise en liberté provisoire de l'individu, sa condamnation avec sursis, ou même son acquittement. Et pourtant, de telles mesures présentaient un caractère répressif et visaient à priver d'effet la décision de justice et à suppléer à la carence du juge dans le domaine de la pression politique (22).

Le seul cas de contrôle efficace est celui qu'exerce le Conseil d'Etat sur les motifs de la décision d'internement, en appliquant les règles de preuve dégagées dans l'arrêt « Barel » (précité). L'Administration n'est pas tenue de donner les motifs de sa décision, mais si elle le fait, le juge peut lui demander de fournir les précisions et justifications nécessaires ; en cas de refus ou de silence de sa part, il considère que l'acte repose sur des motifs matériellement inexacts et l'annule (23). Mais ainsi qu'il a été dit, la rigueur apparente du contrôle cache en cette circonstance un grave danger : celui de pousser l'Administration à invoquer des motifs plus généraux, tirés du maintien de l'ordre public, qui par la généralité et l'imprécision des textes, justifieront la décision prise.

Quant à la réparation des dommages causés par des internements abusifs et la poursuite des agents coupables de violences, physiques ou morales, ou d'atteintes à la vie des individus internés, elles sont possibles théoriquement, mais l'étude des arrêts « Clément » (T.C. 16 novembre 1964), « Livet » et « Rocher » (C.E. 13 novembre 1964), faite ci-dessus, a montré combien illusoires elles s'avèrent en pratique. Dans une interprétation très étroite de l'article 136 du Code de Procédure Pénale, le Tribunal des Conflits affirme que la réparation du dommage est subordonnée à l'appréciation de la légalité de la décision d'internement à laquelle seul le juge administratif peut se livrer. Il n'en irait autrement qu'en cas de voie de fait, hypothèse que le Tribunal des Conflits rejette en raison des dispositions très larges des décisions présidentielles des 24 août et 29 septembre 1961. Reste alors l'appréciation de la légalité, et l'on retombe dans l'hypothèse précédente, le juge administratif renonçant à se prononcer : « ni l'appréciation à laquelle s'est livrée le Ministre de l'Intérieur, ni l'opportunité de

(21) Cf. *supra*, jurisprudence Bourokba, Keddar, Grange.

(22) Voir L. PHILIP : « Les internements administratifs », D. 1962 chr. p. 138.

(23) Arrêts précités : C.E. 30 janvier 1959, Grange ; 13 juillet 1965, Magne de la Croix ; 22 avril 1966, Ministre de l'Intérieur c/ Mony.

l'assignation à résidence de l'intéressé ne peuvent être discutées devant le juge administratif ». Moralité : la prépondérance de fait reconnue au juge administratif conduit à dénier à la victime tout droit à réparation, la voie de fait n'étant pas reconnue par ailleurs, en raison des circonstances et de la largeur des textes. Le juge judiciaire dépendant du juge administratif et celui-ci étant gêné pour exercer son contrôle, la protection de la liberté n'est guère assurée.

Le renforcement des pouvoirs du Gouvernement dans les époques troublées est non seulement inévitable, mais même nécessaire ; la défense de l'Etat et de la société, le maintien de l'ordre imposent une nouvelle définition de l'équilibre entre l'ordre et la liberté. Ce n'est pas de cet équilibre nouveau que naît le danger pour les libertés publiques, mais de cette sorte d'abdication qu'on relève chez le juge, qui se refuse à exercer tous les contrôles auxquels il se livre normalement. Reconnaître un pouvoir quasi-discretionnaire à une autorité administrative, c'est lui permettre d'user de ses pouvoirs au-delà de ce qui est strictement nécessaire. L'équilibre des temps incertains est néfaste à la liberté parce qu'à chaque atteinte qui lui est portée ne correspond plus un contrôle efficace de la part du juge. Surtout, l'instauration d'un climat qui n'est plus favorable aux libertés les empêche de s'épanouir, et c'est peut-être cet aspect négatif qui leur cause, en définitive, le plus grand préjudice.

Une constatation semblable peut être faite à l'examen du régime juridique des étrangers et plus spécialement des pouvoirs reconnus à l'autorité gouvernementale de procéder à leur expulsion du territoire.

Par. 4. - L'expulsion des étrangers.

Le régime juridique des étrangers comporte certaines restrictions : carte de séjour, mesures de surveillance des déplacements, activités professionnelles réglementées ou interdites. Mais surtout, ils peuvent faire l'objet d'une redoutable sanction, l'expulsion, par laquelle le Ministre de l'Intérieur enjoint à l'étranger résidant ou voyageant en France de quitter immédiatement le territoire national. La gravité de cette mesure résulte du pouvoir quasi-discretionnaire dont dispose l'autorité administrative pour la prononcer. L'ordonnance du 2 novembre 1945 qui régleme la matière, prévoit certes, certaines dispositions protectrices : nécessité d'un arrêté émanant du Ministre de l'Intérieur (ou du préfet, dans les départements frontaliers, avec obligation pour celui-ci de rendre

compte immédiatement au Ministre), obligation d'aviser l'étranger séjournant régulièrement en France de la mesure prise à son encontre, faculté pour celui-ci d'être entendu par une commission instituée auprès du préfet et devant laquelle il peut exposer les raisons du maintien de l'autorisation de séjour.

Mais cette procédure n'a guère d'efficacité pratique. Tout d'abord, la décision d'expulsion est une mesure administrative, échappant au principe du respect des droits de la défense ; l'intéressé ignore donc le contenu de son dossier ainsi que les conditions de déroulement de l'enquête. Ensuite, si le contrôle juridictionnel est possible, tant devant les tribunaux répressifs, sur exception d'il-légalité, que devant le juge administratif par la voie du recours pour excès de pouvoir, il n'a qu'une portée très limitée. Le texte de l'ordonnance de 1945 en effet autorise l'expulsion dans les cas « où la présence de l'étranger sur le territoire national français présente une menace pour l'ordre public et le crédit public ». Autant dire que l'imprécision de la formule permet au Ministre de l'Intérieur d'expulser n'importe quel étranger, car de surcroît, il est entièrement libre d'apprécier les circonstances et les faits justifiant l'expulsion. Ni l'opportunité, ni les motifs de la décision ne peuvent être discutées devant le juge, qu'il s'agisse de la juridiction répressive (24) ou de la juridiction administrative (25).

Le seul contrôle exercé concerne la forme de l'acte, la compétence de son auteur et l'exactitude matérielle des motifs, mais leur appréciation de fait n'est pas susceptible d'être discutée devant le juge. En particulier échappe au contrôle l'appréciation de la réalité de l'urgence et de son caractère qui permettent l'expulsion de l'étranger sans lui donner le droit d'être entendu par la commission spéciale.

Ici encore par conséquent, la généralité des textes permet à l'autorité administrative d'agir à peu près librement à l'intérieur de

(24) Cass. Crim. 9 mai 1956, R.D.P. 1956 p. 1439 note Gervais : Procureur général près la Cour de Cassation - affaire Many, J.C.P. 1956.II.9507.

(25) C.E. 26 novembre 1954, Ministre de l'Intérieur c/ Van Peborgh, Rec. p. 627, D. 1955 p. 89 ; C.E. 13 mai 1955, Fancella, Rec. p. 262 ; C.E. 29 mai 1963, Malpelli, Rec. Tables pp. 945-946 ; C.E. 31 janvier 1964, Epoux Bonjean, Rec. p. 73 : « Si, parmi les faits retenus par le préfet figure la mention d'une condamnation prononcée par le tribunal correctionnel de Valence le 18 décembre 1959, aucune disposition législative n'a prononcé, contrairement à ce que soutient la requête, l'amnistie de ladite condamnation ; la circonstance que le tribunal correctionnel a fait bénéficier le sieur Bonjean du sursis ne faisait pas obstacle à ce que le préfet retint la condamnation prononcée parmi les motifs de sa décision dont l'opportunité ne peut être discutée devant le juge de l'excès de pouvoir. »

son domaine de compétences, le juge renonçant à exercer un contrôle juridictionnel efficace et appliquant une présomption de respect de la légalité de la part de l'Administration.

Conclusion

L'influence de l'autorité administrative sur le fonctionnement de la justice est donc très nette, soit qu'elle agisse comme auxiliaire du pouvoir judiciaire dans le déroulement de l'instruction, soit qu'elle intervienne à titre principal ou exclusif pour prendre des mesures restrictives des libertés qui, normalement, résultent de l'exercice de la fonction juridictionnelle : atteinte à la sûreté de l'Etat, internement des aliénés, internement administratif, expulsion des étrangers. Mais son action, qui limite d'autant la protection des libertés due au contrôle juridictionnel, se prolonge parfois au-delà de la décision de justice, lorsque la puissance publique doit ou devrait en assurer l'exécution. On conçoit aisément alors que l'Administration ait tendance à refuser de se plier à la décision du juge, ou du moins à manifester quelque réticence, lorsqu'il s'agit pour elle d'exécuter une décision juridictionnelle la condamnant ce qui, en pratique, peut entraîner de graves limitations de la liberté.

* *
*

CHAPITRE II

L'INEXÉCUTION OU LE RETARD DANS L'EXÉCUTION DES DÉCISIONS DE JUSTICE PAR L'ADMINISTRATION (1)

Lorsqu'une atteinte a été portée aux libertés par une autorité administrative, il ne suffit pas, pour que leur protection soit assurée, qu'une décision de justice soit rendue contre l'Administration ; encore faut-il qu'elle soit exécutée. Or, par la force des choses, l'Administration ne peut être contrainte à l'exécution, puisque toute exécution forcée est impossible contre celui qui dispose du monopole de la force et de la contrainte. De la part de l'Administration, l'exécution est et ne peut être que volontaire ; si elle refuse de s'y livrer et ne tire pas d'elle-même les conséquences normales de la décision de justice, personne ne peut l'y obliger.

(1) Voir :

- WEIL : « Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir », Thèse 1952.
- AUBY et DRAGO : « Traité », T. III, n^{os} 12-13 et s.
- MONTANÉ DE LA ROQUE : « L'inertie des pouvoirs publics », Thèse Toulouse 1948.
- RIVERO : « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », Mélanges Dabin, T. II, p. 810.
- A. LEFAS : « Note sur les réformes que suggère la jurisprudence du Conseil d'Etat statuant au contentieux », E.D.C.E. 1958 p. 83, et 1949 p. 73.
- BRAIBANT : « Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir », E.D.C.E. 1961 p. 53.
- JOSSE : « Extension et limites des compétences du Conseil d'Etat sur les actes, sur les juridictions, sur les ordres », Livre jubilaire du C.E., p. 174.
- JOSSE : « L'exécution forcée des décisions du juge administratif par la mise en jeu de la responsabilité pécuniaire du service public », E.D.C.E. 1953 p. 50.

Que peut alors faire la victime, dont le bon droit a été reconnu ? Elle a d'abord la latitude de demander à l'autorité administrative d'exécuter la décision de justice la condamnant ou anulant l'acte illégal. En cas de refus ou de silence, un nouveau recours sera intenté, qui entraînera l'annulation de cette seconde décision, pour violation de la chose jugée (2). Une autre possibilité s'offre également à la victime : demander, par la voie du recours de pleine juridiction, à ce que la responsabilité de l'Administration soit engagée pour faute de service constituée par le refus d'exécution. Mais l'illégalité ne sera pas supprimée pour autant ni l'Administration obligée d'agir. En pratique, le refus d'exécution peut revêtir diverses formes, aussi préjudiciables les unes que les autres pour les libertés (seul point de vue, il faut le répéter, auquel est envisagée cette question, par ailleurs très importante sur le plan purement juridique). C'est pourquoi, afin de remédier aux conséquences désastreuses de la méconnaissance de l'autorité de la chose jugée (Section I), quelques solutions ont été proposées (Section II).

Section I

LES DIVERSES FORMES DE LA MECONNAISSANCE DE L'AUTORITE DE LA CHOSE JUGEE

L'Administration sait faire preuve de beaucoup d'ingéniosité pour essayer de ne pas tenir compte de la chose jugée ou lui faire échec. Elle peut tout d'abord, comme on l'a vu précédemment, avoir recours à la pratique des validations législatives, c'est-à-dire demander au Parlement de voter une loi reprenant purement et simplement la mesure annulée par le juge. Certes, cette pratique suppose l'intervention positive du législateur, mais dans la mesure où elle est fondée sur une initiative des autorités administratives, ce qui se produit dans la quasi-totalité des cas, elle pourrait aussi bien être rattachée à l'étude de l'intervention de l'Administration. Les validations législatives naissent de l'action conjuguée de l'Administration et du législateur.

Mais le refus d'exécuter la décision de justice peut revêtir des formes plus directes.

(2) C.E. 29 décembre 1949, Société anonyme des automobiles Berliet, Rec. p. 368 ; S. 1951.III.1, 2^e espèce, concl. Guionin, note Mathiot ; D. 1950 p. 384, note Weil. — C.E. 10 décembre 1954, Cru, Rec. p. 659 ; D. 1955 p. 198, concl. Jacomet, note Weil.

Par. 1. - Décision identique.

Parfois l'Administration prend une *décision strictement identique* à la décision annulée, ou de nature différente mais ayant les mêmes effets pratiques, ou encore exécute sa propre décision comme si le juge n'était pas intervenu. C'est ainsi que dans la célèbre et pittoresque affaire de Réalmont, le maire de la localité n'a pas tenu compte de l'ordonnance de référé ordonnant la suspension des travaux de construction d'un édicule contre le mur de l'église (3). De même sont significatives les circonstances ayant donné lieu à l'arrêt « Ministre de l'Agriculture contre dame Lamotte » du 17 février 1950 (4) : des concessions de terre ayant été annulées, l'Administration avait repris soit de nouvelles concessions, soit des ordres de réquisition portant sur les mêmes terres et au profit du même bénéficiaire. De même encore dans l'affaire « Rosan-Girard », le Conseil d'Etat, par un arrêt d'Assemblée du 31 mai 1957 (5) avait annulé un décret instituant une délégation spéciale ainsi que les élections qui avaient suivi la mise en vigueur de ce décret. Mais le Gouvernement, au lieu de faire entrer en fonctions le Conseil municipal illégalement évincé, aux lieu et place de celui qui avait été irrégulièrement élu, prononça sa dissolution par un décret du 4 juillet 1957 (un mois à peine après l'arrêt du Conseil d'Etat) et institua une nouvelle délégation spéciale. Ce décret dut être annulé à son tour par un arrêt du 9 novembre 1959 (6). Plus récemment, une commune, après avoir sursis à entreprendre des travaux, les commença précisément après que le Conseil d'Etat eût annulé le décret d'utilité publique (7).

Par. 2. - Inertie.

Parfois, l'Administration refuse d'exécuter la décision de justice en adoptant *l'attitude passive de l'inertie*. Dans l'arrêt « Société L'Eveil de Contres » du 23 décembre 1932 (8), le Conseil d'Etat a non seulement annulé le refus d'autorisation de défilé sur la voie

(3) Voir Cass. Req. 5 juin 1935, Maire de Réalmont c/ Abbé Bonnafoux ; G.P. 1938.I.913 et II.228.

(4) C.E. Ass. précité.

(5) Rec. p. 355, concl. Gazier ; D. 1958 p. 152, note P. W. ; A.J.D.A. 1957. II.273, chr. Fournier et Braibant.

(6) Rec. p. 584 ; D. 1960 p. 83, note M. A.

(7) Cour d'Appel Angers 7 février 1962, Launay c/ Commune de Saint-Osvin, J.C.P. 1963.II.13328, note Tourdias.

(8) D. 1936.III p. 9, note Duclos.

publique, opposé par le maire à la société, parce qu'il n'était justifié par aucun motif tiré du maintien de l'ordre, mais encore accordé une indemnité réparatrice à la société parce que « les refus systématiques opposés par le maire à ladite société de la laisser jouer dans les mêmes conditions que les autres musiques de la commune depuis plusieurs années ont constitué une faute et qu'il est résulté de ces refus pour la société requérante un préjudice dont il y a lieu de lui allouer réparation ». Or, si l'on recherche pourquoi ces « refus systématiques » ont été qualifiés de faute, et même de faute grave, puisqu'ils fondaient le droit à réparation, on s'aperçoit que c'est en raison de la méconnaissance de la chose jugée dont s'est rendu coupable le maire. Dans un arrêt du 25 février 1928 (9) le Conseil d'Etat avait déjà annulées pour détournement de pouvoir des mesures semblables prises envers la société dans la même commune. Cette malveillance réitérée durant plusieurs années, ainsi que le refus du maire de se conformer à la décision de justice expliquent, en l'occurrence, la sévérité du juge.

C'est dans le refus manifesté par l'Administration de régulariser la situation de fonctionnaires ou d'agents de l'Etat ou des collectivités locales que l'on trouve les exemples les plus flagrants d'inertie des Pouvoirs publics.

— refus systématique de prononcer la réintégration de fonctionnaires illégalement révoqués et de reconstituer leur carrière : C.E. Lhomme 12 mai 1950 (10) et, en Assemblée, 4 janvier 1952 (11); affaire Soubirou-Pouey : 3 arrêts, à six ans d'intervalle : dans un arrêt du 16 décembre 1949 (12), le Conseil d'Etat annule la décision implicite par laquelle le Ministre refusait de pourvoir d'un emploi le requérant ; le 29 juillet 1953 (13), constatant que le Ministre n'a pas pris les mesures d'exécution de cette décision de justice, il accorde au requérant une indemnité de 5.000.000 A.F.; la seconde décision n'ayant pas eu plus de suite que la précédente, le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 23 décembre 1955 (14), alloue au requérant une nouvelle indemnité de 4.000.000 A.F., estimant que « le Ministre, en s'abstenant systématiquement de prendre les mesures que comportait l'exécution de la décision rendue par le

(9) Rec. p. 272.

(10) Rec. p. 284.

(11) Rec. p. 15 ; voir JOSSE, *op. cit.*, E.D.C.E. 1953 p. 50.

(12) Rec. p. 751.

(13) Rec. p. 717.

(14) Rec. p. 607.

Conseil d'Etat le 16 décembre 1949 et en méconnaissant ainsi l'autorité qui s'attache à la chose jugée, a commis une faute qui engage la responsabilité de l'Etat ». Par la suite, l'Administration devait exécuter ses obligations, mais de façon partielle seulement (15).

— décisions annulant la révocation de maires et maires-adjoints des arrondissements de Paris, non exécutées : affaire Pioro (C.E. 3 juillet 1957 (16); affaire Miallet (C.E. 25 janvier 1961, inédit).

— annulations de licenciements d'ouvriers de l'Etat prononcés à la suite d'une grève non suivies de réintégration : affaire Rousset (17).

— refus de réintégration d'agents de collectivités locales à la suite de l'annulation d'évictions irrégulières (18).

Par. 3. - Manque de crédits.

Pour échapper à ses obligations, l'Administration argue quelquefois du *manque de crédits*, argument destiné à faire prendre — ou perdre — patience aux créanciers de l'Etat, et à remettre d'année en année le paiement des indemnités mises à sa charge par le juge administratif, en réparation des conséquences de ces actes illégaux. Le Conseil d'Etat ne s'est pas laissé prendre à ce prétexte fallacieux, car l'ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances dispose en son article 9 : « Les crédits évaluatifs... s'appliquent à la dette publique, à la dette viagère, aux frais de justice et aux réparations civiles... Les dépenses auxquelles s'appliquent les crédits évaluatifs s'imputent au besoin au-delà de la dotation inscrite aux chapitres qui les concernent ». Dans deux arrêts des 11 octobre 1961 « Ministre des Travaux Publics et des Transports c/Seveyras » et 20 octobre 1961 « Ministre des Travaux Publics et des Transports contre Muffat » (19), la Haute Juridiction a affirmé que l'absence de crédits disponibles ne saurait

(15) Voir Aubert LEFAS, *op. cit.*, E.D.C.E. 1958, pp. 84-85.

(16) Rec. p. 435 et C.E. Ass. 9 juin 1961, Rec. p. 383.

(17) C.E. 25 mars 1955, Rec. p. 178, D.S. 1955 p. 624 concl. Landron, et C.E. 8 février 1961, Rec. p. 85 concl. Braibant.

(18) C.E. 5 décembre 1958, Commune de Dourgne c/ Sieur Gaubert, Rec. p. 606 concl. Guldner ; C.E. 31 décembre 1959, Ville de Saint-Denis c/ Sieur Loubignac, Rec. p. 728 ; C.E. 16 novembre 1960, Ducouso, Rec. p. 623 ; C.E. 16 novembre 1960, Peyrat, Rec. p. 625 ; C.E. 17 mars 1961, Ducout c/ Commune du Mont-Dore, Rec. p. 189 ; C.E. 3 mai 1961, Marinetti, et 28 juin 1961, Voirrier, inédit.

(19) Rec. pp. 555 et 577 ; A.J.D.A. 1962 p. 304, obs. Drago.

s'opposer ni à ce que l'existence de la créance soit reconnue, ni à ce que son montant soit fixé.

Par. 4. - Exécution tardive et insuffisante.

D'une manière générale, l'exécution des décisions de justice la condamnant est souvent *tardive et insuffisante* de la part de l'Administration. Certes, celle-ci dispose pour exécuter son obligation d'un délai raisonnable, que l'on peut chiffrer à quelques semaines. Mais que dire d'un délai qui atteint plusieurs années, sinon qu'il manifeste la volonté de l'autorité administrative de se dérober et échapper à son obligation ? Aussi le juge ne manque-t-il pas de sanctionner les retard abusifs émanant de l'Administration : C.E. 27 mai 1949 Véron-Reville (20) ; C.E. 23 décembre 1955 Lévy (21) ; C.E. 15 mars 1957 Israël (22) ; C.E. Marinetti et Voirrier 3 mai 1961 (23) ; C.E. 16 octobre 1959 Guille (24) ; C.E. 15 juillet 1960 « Ministre des Armées c/Société Brasserie de la Comète et autres » (25).

Mais l'illustration la plus typique est fournie par l'affaire « Caucheteux et Desmont », qui « témoigne à la fois d'un mauvais vouloir exceptionnel de l'Administration dans l'exécution d'une décision de justice et des efforts que fait le juge administratif pour compenser dans la mesure du possible les conséquences dommageables pour les intéressés d'un tel comportement » (26). Dans un arrêt du 21 janvier 1944 « Caucheteux et Desmont » (27), le Conseil d'Etat avait admis que la responsabilité de l'Etat fût engagée en raison du vote d'une loi du 9 juillet 1934 réduisant de moitié

(20) Rec. p. 246 ; S. 1949.3.81 note Delpech ; D. 1950 p. 95 note Rolland ; G.P. 1949.2.34 concl. Odent ; R.A. 1949 p. 372 note Liet-Veaux.

(21) Rec. p. 608 ; D. 1956 p. 27 : les conséquences de cette décision, par laquelle le Conseil d'Etat annulait les opérations du concours pour le recrutement des médecins des hôpitaux de Paris de 1949, ne sont intervenues qu'avec les ordonnances des 3 et 16 octobre 1958 ; cf. *supra*.

(22) Rec. p. 174 : écoulement d'un délai de 16 mois avant que le ministre ne tire les conséquences de cet arrêt.

(23) Cités par M. BRAIBANT, E.D.C.E. 1961 p. 62.

(24) Rec. p. 516 : « Considérant que la décision relevant le sieur Guille de ses fonctions qui a été annulée par le Conseil d'Etat le 1^{er} octobre 1954... et le retard mis par l'administration à assurer l'exécution de la décision contentieuse sus-indiquée sont constitutifs de fautes de nature à engager la responsabilité de l'Etat. »

(25) Rec. p. 497.

(26) GALABERT et GENTOT, A.J.D.A. 1962 p. 421.

(27) Rec. p. 22.

le pourcentage de produits autres que le malt d'orge et le houblon entrant dans la fabrication de la bière, et causant aux requérants un grave préjudice. C'est, on s'en souvient, un des deux seuls exemples d'admission de la responsabilité de l'Etat législateur (cf. supra 1^{re} partie, titre 2).

Ayant reconnu la responsabilité de la Puissance publique, le Conseil d'Etat renvoyait les requérants devant le Ministre de l'Agriculture, pour que l'indemnité qui leur était due, en principal et intérêt, fût liquidée ; ce qu'ils firent dès octobre 1945. Mais le Ministre opposa une décision implicite de rejet à leur demande, et il leur a fallu attendre plus de 18 ans pour voir enfin fixé le montant de leur indemnité, dans un arrêt du Conseil d'Etat « Caucheteux et Desmont » du 2 mai 1962 (28).

En des termes particulièrement rigoureux, la Haute Juridiction a condamné sévèrement l'attitude de l'Administration et accordé aux intéressés une très importante indemnité en guise de dommages-intérêts compensatoires (procédure prévue à l'article 1153 du Code Civil, mais à laquelle le juge administratif n'a recours que très exceptionnellement). « Il résulte de l'instruction, affirme le Conseil d'Etat, que le retard apporté par l'Administration à la liquidation de l'indemnité due en vertu d'une décision du Conseil d'Etat remontant à 18 ans à raison de faits remontant à 28 ans implique un mauvais vouloir manifeste de l'Administration ; la liquidation de cette indemnité était possible sur les bases définies dès le 31 octobre 1945, les intéressés ayant apporté à cette date des justifications suffisantes pour permettre à l'Administration de procéder à cette liquidation ; la saisine par les intéressés de la juridiction administrative ne dispensait pas l'Administration d'exécuter les décisions du Conseil d'Etat ».

Cette motivation est d'autant plus nette et sévère que le lecteur a l'habitude de relever, dans les arrêts du Conseil d'Etat, des phrases elliptiques mesurées, voilées, remplies de mots couverts et de sous-entendus. Mais en l'espèce, le juge a voulu sanctionner sans ambiguïté le mauvais vouloir de l'Administration, qui consistait en une méconnaissance flagrante de la chose jugée. De surcroît, le Ministre prétendait être déchargé de toute condamnation et avait déposé des conclusions en ce sens, ce qui revenait à demander au juge de prendre le contrepied de l'arrêt de 1944 et de se déjuger.

(28) Rec. p. 291 ; A.J.D.A. 1962 pp. 458 et 421, chr. Galabert et Gentot ; R.D.P. 1963 p. 279, note Waline.

Il reste que cette affaire pose avec une douloureuse acuité le problème de l'exécution des décisions de justice et le fait qu'une telle réaction du Conseil d'Etat apparaisse comme audacieuse montre assez à quel niveau se situent en règle générale les pouvoirs du juge lorsqu'il s'adresse à l'Administration. Audace, peut-être, mais bien timide pourtant. On ne peut qu'applaudir lorsqu'une plume aussi émérite et respectable que celle du professeur Waline écrit, couchant noir sur blanc des réflexions que le jeune juriste se contente de formuler en son for intérieur : « Si la juridiction administrative n'a pas les moyens de faire respecter ses décisions, sa jurisprudence devient un jeu intellectuel, propre à charmer les professeurs de droit admirant le jeu subtil et délié des raisonnements du juge ou la hardiesse de ses constructions, mais un jeu sans prise sur le réel ; on pourra l'admirer, comme on admire le style d'un sportif, ou les combinaisons d'un champion de bridge ou d'échecs. Mais l'Administration répètera, comme le général Jackson en 1832 : « Marschall a rendu un jugement, qu'il l'exécute s'il y arrive ». Il s'agit donc de savoir si le droit administratif est un art d'agrément ou s'il est un des éléments de la discipline que s'impose l'Etat, ou que celui-ci impose à son Administration, pour être un Rechtsstaat et non un Polizeistaat » (R.D.P. 1963, pp. 280-281).

Il faudrait évidemment, pour étayer cette contestation, pouvoir chiffrer, ou du moins mesurer, avec certitude, l'ampleur des réticences ou des résistances qu'oppose l'Administration à l'exécution des décisions de justice. Mais une telle recherche, en l'état actuel du droit et de la technique, est à peu près impossible.

D'une part, en effet, les moyens matériels pour se livrer à des enquêtes statistiques sont fort limités : les progrès de l'électronique n'ont pas encore pénétré le droit et encore moins la protection des libertés, matière qui n'a rien de commercial mais qui, intéressant tout homme, gagnerait tellement à faire l'objet d'une sollicitude réservée jusqu'ici au domaine économique. D'autre part, comme l'a observé M. Braibant, « l'exécution des arrêts donne souvent lieu à des transactions, à des arrangements amiables, dans lesquels la part de la contrainte et de la lassitude est parfois difficile à déterminer » (29). Ici encore, la résistance passive de l'Administration produit un effet d'usure sur la volonté de la victime et accentue son sentiment d'infériorité tout en l'incitant au découragement. C'est pourquoi les quelques solutions qui

(29) *Op. cit.*, E.D.C.E. 1961 p. 61.

visent à résoudre ce grave problème de l'exécution et du respect des décisions de justice devraient être renforcées et complétées.

Section II

LES SOLUTIONS

Pour tenter de remédier aux inconvénients de l'inexécution des décisions de justice et du non-respect de l'autorité de la chose jugée, divers moyens ont été proposés par le juge tout d'abord, par l'autorité réglementaire elle-même ensuite. Mais ils apparaissent bien insuffisants au regard d'autres moyens avancés par certains, mais auxquels le juge s'est refusé à avoir recours.

Par. 1. - Les solutions actuelles.

§ 1. *Directives émanant du juge administratif.*

Outre l'annulation des décisions administratives violant l'autorité de la chose jugée, et des refus implicites d'exécution, outre l'octroi d'indemnités fondées sur la faute commise par l'Administration en n'exécutant pas la décision de justice, il arrive que le juge administratif adresse à l'Administration certaines directives, suggestions ou certains conseils définissant le cadre général de son action, pour que le jugement puisse recevoir pleinement effet.

Le Conseil d'Etat peut, tout d'abord, employer des formules plus précises qu'à l'ordinaire, en indiquant par exemple qu'« il y a lieu de renvoyer (le requérant) devant le Ministre pour y être statué, par la voie administrative, sur la suite que comporte sa demande » (30) ou « pour voir ordonner les mesures d'exécution que comporte la présente décision » (31) ou pour y être statué « sur sa demande d'emploi réservé » (32). Mais de telles formules sont de plus en plus rares (33).

Moins fréquents encore sont les arrêts qui, dans leurs motifs, indiquent avec précision comment doit agir l'autorité administra-

(30) C.E. 26 juin 1908, Daraux, S. 1909.III p. 120 note Hauriou.

(31) C.E. 30 mai 1945, Boitard, Rec. p. 109.

(32) C.E. 8 juin 1956, Pevet, Rec. p. 236.

(33) Cf. AUBY et DRAGO : « Traité », III, n° 1208 p. 99.

tive pour exécuter la décision de justice et en tirer les conséquences. Le seul domaine où l'on peut constater une telle jurisprudence est celui du contentieux de la Fonction publique, lorsque l'exécution des décisions juridictionnelles a des incidences sur la situation de nombreux agents publics.

Le célèbre arrêt « Rodière » en est l'exemple le plus traditionnel : le Conseil d'Etat y expose comment doit procéder l'Administration, à la suite de l'annulation d'un tableau d'avancement, pour rétablir la situation des fonctionnaires touchés par sa décision. « Il incombe au ministre, affirme-t-il, de rechercher les moyens d'assurer à chaque fonctionnaire placé sous son autorité la continuité de sa carrière avec le développement normal qu'elle comporte, et les chances d'avancement sur lesquelles, dans ses rapports avec les autres fonctionnaires, il peut légitimement compter d'après la réglementation en vigueur ». Suivent ensuite quelques indications à l'intention des autorités administratives : « il appartient à l'Administration de procéder à un examen d'ensemble du personnel touché, directement ou indirectement, par l'arrêt du Conseil d'Etat et de prononcer, dans les formes régulières et sous le contrôle du dit Conseil statuant au contentieux tous reclassements utiles pour reconstituer la carrière du fonctionnaire dans les conditions où elle peut être réputée avoir dû normalement se poursuivre si aucune irrégularité n'avait été commise ». Le Conseil d'Etat fixe ainsi les pouvoirs et les devoirs de l'Administration en ce qui concerne les agents intéressés et ceux du même cadre (34).

En application de cette jurisprudence, la Haute Juridiction a réaffirmé l'obligation, pour l'Administration « de procéder à un examen d'ensemble de la situation du personnel touché directement ou indirectement, par l'arrêt du Conseil d'Etat » (C.E. 26 janvier 1934 Glon (35); de même C.E. 4 février 1955 Marcotte (36): « le Secrétaire d'Etat doit, en exécution de la présente décision, reconstituer la carrière du sieur F..., en lui assurant le déroulement qu'elle eût normalement comporté si les mesures annulées n'étaient pas intervenues et il lui incombe à cette occasion, eu égard au lien de connexité qui existe entre les inscriptions au même tableau d'avancement et au vice qui entache l'ensemble du tableau supplémentaire dressé pour 1949 de rapporter, bien qu'elles n'aient pas

(34) C.E. 26 décembre 1925, Rodière, Rec. p. 1065 ; S. 1925.3.49 note Hau-riou ; R.D.P. 1925 p. 32 concl. Cahen-Salvador.

(35) Rec. p. 134.

(36) Rec. p. 70.

été attaquées dans le délai du recours contentieux, celles de ces inscriptions dont le maintien serait de nature à faire obstacle à l'attribution audit sieur F... de la situation hiérarchique dans son corps que la reconstitution normale de sa carrière est appelée à lui procurer »).

S'il est porté atteinte à des droits acquis par des tiers, ceux-ci doivent recevoir des compensations (C.E. 29 juillet 1932 Association des fonctionnaires de la Marine) (37) : « en admettant que l'administration se trouve dans l'impossibilité de procéder aux nouvelles révisions et aux nouveaux reclassements résultant de la présente décision sans porter atteinte aux droits de certains intéressés, il appartiendrait à ladite administration de leur accorder telle compensation que de droit, ou même de provoquer l'intervention du législateur »).

Dans un arrêt « Cru et autres » du 10 décembre 1954 (38), le Conseil d'Etat a expliqué de quelle façon l'Administration devait procéder pour tirer les conséquences d'un arrêt du 4 mars 1949 annulant deux arrêtés portant intégration de fonctionnaires du Ministère des Armées dans le corps des administrateurs civils : « les promotions dans le corps des administrateurs civils au titre de 1946 ne pouvaient être légalement prononcées qu'en application d'un nouveau tableau d'avancement, suivi d'un nouvel arrêté de nomination des intéressés au grade supérieur ; l'article 2 de l'arrêté interministériel du 17 août 1949, aux termes duquel « les changements survenus dans la situation administrative des intéressés depuis le 1^{er} janvier 1946 conservent toute leur valeur » n'a pu avoir pour effet ni de confirmer légalement le tableau de 1946 et les promotions opérées en vertu dudit tableau lesquels, en raison de leur annulation, sont censés n'avoir jamais existé, ni de dispenser l'Administration de refaire ces actes après consultation de l'organisme compétent pour émettre un avis au sujet dudit tableau, consultation qui n'a pas eu lieu en l'espèce ; la réfection du tableau et des promotions dont s'agit ne peut se heurter à des droits acquis, aucun droit n'ayant pu naître d'actes qui ont été annulés ».

Bien que ces décisions se présentent sous une forme voisine des « arrêts de règlement » (39), elles sont cependant d'importance

(37) Rec. p. 825.

(38) Rec. p. 659 ; D. 1955 p. 198, concl. Jacomet, note Weil.

(39) Voir WEIL : « Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir », Thèse 1952 p. 131 ; WEIL, LONG, BRAIBANT : Commentaire de l'arrêt « Rodière », G.A.J.A. n° 49 p. 185.

assez limitée, en pratique, à la fois quant à leur objet (elles ne visent que le contentieux de la Fonction publique) et quant à leur étendue (plus que des directives ou des indications adressées à l'autorité administrative, elles apparaissent en général comme des explications des motifs fondant la décision). La référence constante faite en doctrine à l'arrêt « Rodière », qui a atteint aujourd'hui un âge respectable, « donne à penser que l'attitude en question fait figure d'exception plus que de tendance » (40). Néanmoins, malgré ses limites actuelles, cette jurisprudence prouve qu'il est fort possible au juge, au-delà d'une décision d'annulation, de s'adresser à l'autorité administrative pour lui suggérer comment agir dans le respect des droits des administrés et à cet égard, une extension de ces principes aux libertés publiques proprement dites serait la bienvenue.

§ 2. *Les décrets de juillet 1963.*

Les décrets du 30 juillet 1963 relatifs à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat et au statut de ses membres (n° 63-766 et 63-767) ainsi que ceux relatifs au contentieux administratif (n° 63-768 et 63-769) ont fait preuve de plus de hardiesse dans la recherche de solutions propres à assurer l'exécution des décisions de justice par les autorités administratives (41).

C'est le décret n° 63-766 qui apporte les innovations les plus importantes. L'article 58 prévoit qu'après annulation d'un acte sur recours pour excès de pouvoir, ou condamnation de l'Administration sur recours de pleine juridiction, « les ministres intéressés ont la faculté de demander au Conseil d'Etat d'éclairer l'Administration sur les modalités d'exécution de sa décision ». S'ils s'y refusent ou si des difficultés se font jour dans l'exécution de la décision sans que les ministres saisissent le juge, le vice-président du Conseil d'Etat et le président de la section du contentieux peuvent de leur propre initiative, dans les mêmes cas, inviter le président de la commission chargée de préparer le rapport annuel, à « appeler l'attention de l'Administration sur les suites à donner à une décision ». Dans les deux cas, que la demande émane de l'Administration ou du Conseil d'Etat lui-même, un rapporteur est désigné, exerçant sa mission auprès de l'Administration sous l'autorité du président de la commission prévue à l'article 3. Il sera chargé « d'éclairer

(40) J. RIVERO, *op. cit.*, Mélanges Dabin II p. 831.

(41) Voir R. DRAGO : « La réforme du Conseil d'Etat (décrets du 30 juillet 1963) », A.J.D.A. 1963 p. 524.

rer » l'Administration, c'est-à-dire non seulement d'expliquer et d'expliciter la décision, mais aussi de suggérer conseils et orientations relatifs à ses modalités d'exécution. Ainsi se trouve confirmée sur ce point, la jurisprudence « Rodière ».

Enfin, passé un délai de six mois à compter de la date de lecture de la décision leur accordant satisfaction, même partielle, les requérants peuvent signaler à la commission du rapport « les difficultés qu'ils rencontrent pour obtenir l'exécution de cette décision » (art. 59). Un rapporteur pourra être désigné (alors que dans l'hypothèse précédente, la désignation est obligatoire).

Que l'initiative de la démarche émane de l'Administration, du Conseil d'Etat ou des requérants, il pourra le cas échéant, être fait mention de l'affaire au rapport annuel du Conseil d'Etat, rapport qui, outre la mention des réformes législatives, réglementaires ou administratives sur lesquelles le Conseil d'Etat désire appeler l'attention du Gouvernement, signalera donc au besoin les difficultés rencontrées dans l'exécution des décisions des juridictions administratives, et en particulier l'opposition ou les réticences manifestées par l'Administration.

Telles sont, pour l'essentiel, les grandes lignes de la réforme adoptée en 1963, en ce qui concerne l'exécution des décisions des juridictions administratives. A cet égard, tant de violations et d'abus ont été déplorés qu'il faut saluer comme il convient l'apport positif des décrets de 1963. Ils témoignent d'une bonne volonté qu'on ne saurait trop louer, et qui contraste d'une manière heureuse avec certaines pratiques qui révélaient un comportement tout à fait opposé.

Cela dit, l'optimisme doit rester mesuré car, si l'on peut admettre que la réforme porte ses fruits lorsque l'inexécution des décisions de justice est due aux difficultés devant lesquelles se trouvent les administrations, il n'en va pas de même quand l'inexécution trouve sa cause dans une opposition volontaire de l'Administration. La seule sanction prévue par le texte, en effet, consiste dans la mention de l'affaire au rapport annuel présenté au Gouvernement et remis au Président de la République. Or ce rapport n'est pas public : il n'est pas communiqué au Parlement ni publié au Journal Officiel. On regrettera ce manque de publicité qui empêche le contrôle de l'opinion publique ; aujourd'hui comme hier, les manquements de l'Administration resteront connus des seuls initiés, et elle pourra continuer en toute tranquillité d'acheter le droit de méconnaître les décisions juridictionnelles, faute de sanctions plus efficaces que le juge s'est toujours refusé à appliquer.

Par. 2. - Les solutions non appliquées.**A. — Responsabilité personnelle des fonctionnaires.**

La mise en jeu de la *responsabilité personnelle des fonctionnaires* responsables de l'inexécution des décisions de justice avait été préconisée au début de ce siècle par une grande partie de la doctrine. « La solution jurisprudentielle de la difficulté nous paraît très simple, écrivait Hauriou ; elle consisterait à poser en principe que, lorsqu'une administration publique a été condamnée en dernier ressort par une juridiction quelconque, l'administrateur responsable de l'exécution de la chose jugée commet un fait personnel en n'exécutant pas le jugement et devient pécuniairement responsable du préjudice sur ses biens personnels » (42). De son côté, Duguit estimait qu'« il n'y a pas d'autre moyen que la mise en œuvre de la responsabilité personnelle du fonctionnaire par le fait duquel la décision juridictionnelle reste sans effet » (43) et Jèze ajoutait : « Les agents administratifs à qui incombe le devoir d'exécuter la chose jugée et qui refusent sans motif légitime de le faire commettent une faute personnelle qui engage leur responsabilité » (44).

Concevable au début du siècle, cette solution ne l'est plus aujourd'hui, en raison de l'évolution des conditions de vie dans la société contemporaine. En raison de l'insolvabilité des agents, la jurisprudence tend à définir la notion de faute personnelle d'une façon très étroite. Surtout, il serait très difficile, voire impossible, d'imputer les responsabilités de l'inexécution à un agent déterminé : elle est au contraire le fait d'un ou plusieurs services, sinon du Gouvernement lui-même. Ce n'est pas à des motifs personnels qu'est due la non exécution, mais à des raisons de facilité et de commodité liées, directement ou non, au fonctionnement des services. « C'est le type même de la faute de service qui ne peut engager dans l'état actuel de notre organisation juridique que la responsabilité pécuniaire de l'Administration et, le cas échéant, la responsabilité politique du cabinet » écrit M. Braibant (45). Encore faudrait-il que la responsabilité politique du Gouvernement puisse être mise en jeu, ce qui ne peut être le cas en l'état actuel des choses, en raison du manque de publicité relevé ci-dessus à propos du rapport annuel du Conseil d'État.

(42) Note sous C.E. 22 juillet 1910, Fabrègues, S. 1911.3.121.

(43) « Les transformations du droit public », 1913 p. 218.

(44) « Les principes généraux du droit administratif », 2^e éd. 1914 p. 173.

(45) Art. précité, E.D.C.E. 1961 p. 63.

De son côté, la Cour de Cassation n'admet pas que puisse être appliqué au fonctionnaire qui refuse d'exécuter une décision de justice l'article 114 du Code pénal, aux termes duquel « lorsqu'un fonctionnaire public, un agent ou un préposé du Gouvernement aura ordonné ou fait quelque acte arbitraire ou attentatoire soit à la liberté individuelle, soit aux droits civiques d'un ou de plusieurs citoyens, soit à la Constitution, il sera condamné à la peine de la dégradation civique ». Dans un arrêt du 16 mars 1961, la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence avait interprété très largement ce texte, affirmant que « l'art. 124 ne vise pas seulement les atteintes à la liberté individuelle et aux droits civiques, mais protège d'une façon générale tous les droits individuels et réprime tous les actes arbitraires attentatoires à toutes les libertés garanties par la Constitution, telles que le droit de propriété, la liberté du commerce et le droit d'obtenir l'exécution d'une décision de justice ». Puisque la Constitution de 1946 renvoie à la déclaration des droits de l'homme de 1789, elle estimait que « l'immixtion de l'autorité administrative dans l'exercice du pouvoir judiciaire, et, par conséquent, l'opposition à l'exécution d'une décision de justice, c'est-à-dire à l'exercice d'un droit qui appartient à tout citoyen » justifiait l'application de l'article 114.

Mais la Cour de Cassation a rejeté ce point de vue et, appliquant le principe selon lequel toute loi pénale est d'interprétation stricte, cassé l'arrêt de la Cour d'Appel car « le refus d'exécution des décisions de justice n'est pas visé par la Constitution de 1946 » (46). Irréprochable juridiquement, cette solution est moins satisfaisante sur le plan pratique car, une fois encore, la généralité et l'imprécision des termes empêchent l'exercice d'un contrôle juridictionnel efficace car, voulant trop prévoir, ils ne prévoient plus rien et posent un principe général de répression qui ne sera jamais appliqué, aucun acte précis et déterminé n'étant visé par le texte (47).

B. — *Pouvoir de substitution des autorités de tutelle.*

En ce qui concerne les collectivités décentralisées, *le pouvoir de substitution* n'est pas davantage retenu. On pourrait imaginer que l'autorité de tutelle use de son pouvoir de substitution pour

(46) Cass. Civ. 20 novembre 1963, Chapelet c/ Société Socodimex et administration des Douanes, D. 1964 p. 446 note D. Ruzié.

(47) Voir note D. Ruzié : également : GARRAUD, « Traité théorique et pratique du droit pénal français », 3^e édition 1916, T. III, n° 1240 p. 609.

accomplir d'office les mesures d'exécution de la décision de justice condamnant l'autorité décentralisée. Mais le Conseil d'Etat fait prévaloir, sur ce point, l'exercice des libertés locales sur le respect de la chose jugée et estime, par exemple, que l'exécution d'une décision de justice n'est pas un « acte prescrit par la loi » au sens de l'article 85 du Code municipal, et que le préfet ne peut y procéder de lui-même en vertu de son pouvoir de substitution (48).

C. — *Injonctions.*

Si, contre la Puissance publique, il est impossible de mettre en œuvre un système de voies d'exécution ou de moyens de coercition, le juge entend cette impossibilité d'une manière très large et se refuse absolument à prononcer *des injonctions*, si minimes soient-elles, à l'encontre de l'Administration. Sur ce point, la jurisprudence est constante et soutenue : toutes conclusions tendant à faire prononcer des injonctions par le juge administratif sont déclarées irrecevables, tant par la voie du recours pour excès de pouvoir que par celle du contentieux de pleine juridiction (49). Lorsqu'un tribunal administratif passe outre à cette interdiction, le Conseil d'Etat annule toujours son jugement en appel (50). Cette jurisprudence a été confirmée une nouvelle fois dans un arrêt du 17 avril 1963 : « Ministre des Anciens Combattants et Victimes de Guerre contre sieur Faderne » (51) : « S'il appartenait au Tribunal administratif de Rennes de se prononcer sur la légalité de la décision par laquelle le Ministre des Anciens Combattants et Victimes de Guerre a refusé au sieur Faderne le bénéfice de la loi d'amnistie du 31 juillet 1959, cette juridiction ne pouvait légalement, comme elle l'a fait par l'article 2 du jugement attaqué, enjoindre à l'Administration de rétablir l'intéressé dans la 1^{re} classe de son grade à compter du 5 août 1959 ».

Quant au juge du plein contentieux, s'il dispose de pouvoirs plus larges allant jusqu'à ceux de réformation et de substitution, il ne prononce jamais d'injonction et se contente de mettre une indemnité à la charge de l'Administration. Tout au plus lui laisse-t-il parfois le choix entre l'exécution d'une obligation de faire et

(48) C.E. 16 novembre 1960, Ducouso, Rec. p. 623 ; A.J.D.A. 1960.I.183, chr. Galabert et Gentot.

(49) Voir Jcl. adm. fasc. 665 n^{os} 14 à 18.

(50) C.E. 20 mai 1955, Ministre des Travaux publics, Rec. p. 87 ; C.E. 12 février 1960, Caisse de crédit municipal d'Alger, Rec. p. 110.

(51) Rec. p. 224.

le versement d'une indemnité (52). Ses pouvoirs étant sensiblement plus larges dans le contentieux de pleine juridiction que dans celui de l'annulation, il décide que certaines matières touchant aux droits et libertés relèvent toujours, de par leur nature, du contentieux de pleine juridiction : il en est ainsi du contentieux électoral (53), de celui des immeubles menaçant ruine (54), des établissements dangereux incommodes ou insalubres (55).

Quel que soit l'aspect positif de cette jurisprudence, son apport apparaît néanmoins bien faible, le juge ne pouvant qu'octroyer une réparation sur le plan pécuniaire. En s'acquittant de cette dette, l'Administration paiera le prix de l'illégalité, car la censure émanant du juge, plus que ceux d'une sanction, offre les caractères d'une rançon.

Dans deux articles parus récemment, et dont l'actualité ne s'est pas démentie, le professeur J. Rivero a mis en lumière ce résultat concret de l'exercice du contrôle juridictionnel (56). Se demandant, à propos du recours pour excès de pouvoir, si la distinction des contentieux interdit au juge « d'explicitier les conséquences de l'annulation, en tant du moins qu'elles relèvent du droit, non de l'opportunité, et d'enjoindre à l'Administration d'agir dans le sens prescrit », M. Rivero répond par la négative, car « l'annulation, dans l'intention de celui qui la sollicite, n'est pas une fin en soi, mais un moyen au service d'un but : le rétablissement de la légalité ». Une conception finaliste du recours permettrait au juge d'énoncer les conséquences de l'annulation, celle-ci n'ayant de raison d'être que par celles-là.

On retrouve alors l'objection faite ci-dessus : si le juge renonce à l'injonction d'une manière aussi catégorique, c'est en raison de l'absence de moyens de contrainte à l'égard de l'Administration. Pour éviter de n'être pas obéi, mieux vaut ne pas donner d'ordre et conserver son autorité en évitant de s'en servir : ainsi gardera-

(52) C.E. 9 février 1950, Monnier, Rec. p. 54.

(53) C.E. 16 décembre 1955, Fédération nationale des syndicats de police de France et d'Outre-Mer, Rec. p. 596 ; R.P.D.A. 1956 p. 41 concl. Laurent.

(54) C.E. 22 juin 1951, Chevallier-Tedeschi, D. 1952 p. 5 note Weil ; C.E. 13 juin 1958, Barbier, Rec. p. 349, A.J.D.A. 1958.1.68 concl. Braibant.

(55) C.E. 16 décembre 1955, Société M.O.R.A., Rec. p. 595, R.P.D.A. 1956 p. 3 concl. Laurent.

(56) D. 1962 chr. p. 37 : « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir » ; Mélanges en l'honneur de Jean Dabin 1963, Tome II, p. 813 : « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits ».

t-il son prestige. Mais cet argument n'est guère convaincant : que dirait-on d'un médecin qui renonce à prescrire un traitement sous prétexte que la maladie risque d'y résister ? La crainte de l'échec peut-elle justifier l'inaction ? A la vérité, le pouvoir du juge, vu sous cet angle, ne s'use que lorsqu'il ne s'en sert pas.

« Piètre agument que celui-là ! écrit, quant à lui, M. Rivero. Mesurer l'autorité du juge à ce que le justiciable est disposé à accepter de lui, ce serait avouer l'impuissance du droit ; tous les progrès qui, depuis son origine, ont marqué l'évolution du recours, ont été, à leur date, des coups d'audace : le juge a osé, et l'Administration s'est inclinée ; admettre que le temps des audaces créatrices est révolu, ce serait condamner à la stagnation, et finalement à la mort, un instrument juridique dont les virtualités sont loin d'être épuisées » (57).

S'ajoute à cela un argument d'ordre pratique, car nombre d'administrateurs seraient souvent fort aise de se voir dicter leur conduite par le juge, ce qui les éclairerait et dégagerait d'autant leur responsabilité. Rien ne s'opposerait donc à ce que le juge, dans les motifs comme dans le dispositif, énonce les conséquences nécessaires du jugement, la clarté et la précision étant en l'occurrence le commencement de l'exécution. Cette solution serait en tous cas plus sage que celle qui consiste à condamner l'Administration au paiement d'une indemnité par laquelle elle achètera le droit de porter atteinte à la liberté, et s'acquittera de ce tribut d'autant plus volontiers que c'est le contribuable qui le lui fournit. On se libère facilement de ses dettes avec l'argent d'autrui et même, dans une mesure faible mais certaine, avec les propres deniers de la victime, puisque celle-ci, qu'on le veuille ou non, est également contribuable. Ce n'est pas là la moindre faiblesse de l'exercice du contrôle juridictionnel, envisagé quant à ses résultats.

D. — *Astreintes.*

Se refusant aux injonctions, le juge renonce également à prononcer des *astreintes* à l'encontre de l'Administration, en vertu d'une jurisprudence constante (58). Il n'en irait autrement qu'en vertu d'une disposition législative contraire, ou lorsque l'Adminis-

(57) *Op. cit.*, Mélanges Dabin p. 830.

(58) C.E. 27 janvier 1933, *Le Loir*, S. 1933.3 concl. Detton ; C.E. 13 juillet 1956, Office public d'H.L.M., Rec. p. 343 concl. Chardeau ; 3 janvier 1958, Deschamps, Rec. p. 1 : « Il n'appartient pas à la juridiction administrative d'adresser des injonctions à l'administration et d'assortir ces injonctions d'une astreinte. »

tration, dans l'exécution de contrats administratifs, en peut user de moyens de contrainte à l'encontre de son co-contractant qu'en vertu d'une décision juridictionnelle (59).

Mais ici une distinction doit être opérée entre le juge administratif et le juge judiciaire, ce dernier pouvant, dans le cadre de sa compétence à l'égard de l'Administration, prononcer à son encontre des injonctions et des astreintes (cf. 1^{re} partie, titre 2). Le Tribunal des Conflits (60) et la Cour de Cassation (61) ont usé de ces pouvoirs, mais rarement en matière de libertés publiques (voir *supra*). Comme il a été dit à propos de la voie de fait, celle-ci ne tend à être admise qu'avec l'accord du Tribunal des Conflits, du juge administratif ou de l'Administration. Pour le juge administratif et le régulateur des compétences, la raison de leur attitude est simple : la juridiction administrative est aussi capable et plus qualifiée techniquement, de nos jours, pour sanctionner les atteintes aux libertés émanant d'autorités administratives.

Mais les motifs qui guident l'action de l'Administration sont plus cachés : ils procèdent, en premier lieu, du désir qu'elle éprouve de voir son action soumise au contrôle d'un juge qu'elle connaît et qui la connaît ; ils s'inspirent aussi de la volonté de se soustraire le plus possible, d'une manière positive, à la compétence judiciaire, en raison des pouvoirs accrus conférés au juge judiciaire à son égard. Cette méfiance vis-à-vis de l'intervention judiciaire se traduit de différentes façons : création de tribunaux d'exception, pour éviter le jeu normal de la compétence judiciaire ; usage systématique de la procédure du conflit (voir l'affaire « Grange » et la censure exercée par le Tribunal des Conflits dans l'arrêt du 9 juillet 1953 Dame veuve Grange c/Nardon et autres (62) et Delaître contre Bouquet (63).

Il faut tenir compte de cette réaction des autorités administratives pour corriger l'affirmation selon laquelle l'élimination de la compétence judiciaire et l'extension de la compétence administrative sont dues au rôle protecteur du juge administratif envers les libertés publiques. Ce motif existe, mais il s'y ajoute en même

(59) C.E. 13 juillet 1956, Office public d'H.L.M., précité.

(60) 17 juin 1948, Manufacture des velours et peluches, D. 1948 p. 377 note P. L. J. ; R.D.P. 1948 p. 581 note Waline ; D. 1950.3.1 note Mathiot.

(61) Com. 17 avril 1956, J.C.P. 1956.II.9330 note Mellieux.

(62) Rec. p. 591.

(63) Rec. p. 592, J.C.P. 1953.II.7797 note J. Rivero.

temps, dans une proportion difficile à évaluer, le désir plus ou moins avoué des autorités administratives d'échapper à un contrôle plus efficace. Contre cette attitude, le juge, quelle que soit sa fermeté, ne peut pas toujours lutter et là encore, l'intervention de l'Administration vient limiter la protection des libertés due au contrôle juridictionnel.

E. — *Substitution du juge.*

Enfin, de même qu'il s'interdit, en vertu du principe de la séparation des fonctions, de prononcer des condamnations à faire, des injonctions et des astreintes à l'encontre de l'Administration, le juge administratif se refuse à se *substituer* à elle pour accorder aux administrés, de sa propre autorité, les droits et libertés qu'elle leur refuse ou pour les rétablir lorsqu'elle leur a porté atteinte. Il ne se reconnaît pas de pouvoir de substitution, par exemple en ordonnant la réintégration d'un fonctionnaire (C.E. 11 juillet 1928 Casanova (64) : sur les conclusions du requérant tendant à sa réintégration : considérant qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat de statuer sur des conclusions de cette nature), ou sa nomination (C.E. 16 mai 1941 Honorat (65) : « Il n'appartenait pas au Conseil de Préfecture de déclarer vacant le poste de directeur, ni d'ordonner qu'il serait procédé à la nomination d'un nouveau titulaire de ce poste »).

L'annulation d'une décision de refus d'exercice d'un droit ou d'une liberté ne comporte donc pas par elle-même autorisation de l'exercer : l'individu devra à nouveau s'adresser à l'autorité administrative selon la même procédure que la première fois. La seule exception concerne le contrôle des délibérations des conseils municipaux : lorsque celles-ci contiennent des propos injurieux ou diffamatoires à l'encontre d'administrés ou sont conçues en termes tels qu'elles portent gravement atteinte à la considération des requérants, le Conseil d'Etat peut, après avoir annulé le refus du préfet de prononcer leur annulation ou leur nullité de droit, déclarer lui-même leur nullité (66). Mais son rôle se borne à cet aspect négatif. Quant à la substitution de motifs ou de base légale, elle n'intervient que lorsque l'autorité administrative est tenue de prendre telle décision, dans l'exercice d'une compétence liée (67).

(64) Rec. p. 884.

(65) Rec. p. 85.

(66) C.E. 9 décembre 1910, Lefavre, Rec. p. 892 ; C.E. 4 décembre 1936, Dupuis, Rec. p. 1062.

(67) Voir AUBY et DRAGO : « Traité », T. III, n° 1163 et s.

Conclusion

En définitive, l'autolimitation que s'impose le juge et par laquelle il se défend de s'immiscer dans l'action de l'Administration ne peut manquer de rejaillir sur l'exercice du contrôle juridictionnel, en raison de la nature même de la fonction administrative. Disposant de la contrainte, intervenant en cours d'instance, agissant de son propre chef à la place du juge, pouvant ne pas exécuter les décisions de justice la condamnant en violant, délibérément ou passivement, l'autorité de la chose jugée, l'Administration est dégagée de toute obligation à l'égard du juge. De sa part, toute exécution n'est et ne peut être que volontaire. En pratique, elle peut tout sur lui, il ne peut rien sur elle ; il reçoit les coups sans, bien souvent, pouvoir les rendre. Par la force des choses, la fonction juridictionnelle ne s'exerce pas sous sa dimension normale lorsque l'Administration est en cause, parce que les raisons d'être, la nature et les modalités de l'action de l'Administration sont spécifiques.

Ce particularisme est d'autant plus marqué qu'il est fonction de la nécessaire incidence des événements qui, par eux-mêmes et par le déroulement de l'existence de l'homme vivant en société, influent sur le contrôle juridictionnel, car ils imposent des modifications au jeu normal des institutions et l'instauration d'un nouvel équilibre entre l'ordre et la liberté.

Sous-Titre III

L'incidence des événements

A certaines époques, l'Administration doit faire face à des situations particulières et, devant veiller au maintien de l'ordre, se voit conférer à cet effet des pouvoirs plus étendus qu'en temps normal. Cette extension a pour conséquences non seulement de plus grandes restrictions aux libertés édictées par les autorités administratives, mais encore une limitation dans l'étendue du contrôle juridictionnel — seul point de vue envisagé dans le cadre de cette étude — lequel s'exerce dans un sens favorable à l'ordre public et non plus aux libertés. Cette tendance peut être observée en période exceptionnelle en liaison avec des événements essentiellement d'ordre politique, et aussi en temps normal, à l'époque contemporaine, dans le domaine économique, en raison de l'évolution du libéralisme vers l'interventionnisme.

CHAPITRE PREMIER

LES CIRCONSTANCES EXCEPTIONNELLES

La théorie des circonstances exceptionnelles (1) qui, comprise dans son sens le plus large, doit s'appliquer à toute situation anormale et exorbitante, a pour effet pratique d'établir un nouveau point d'équilibre entre l'ordre et les libertés, entre les prérogatives de la puissance publique et les droits des particuliers. Or, les deux notions étant complémentaires, l'extension de l'une entraîne « ipso facto » une diminution de l'autre : l'extension des pouvoirs de police correspond à une limitation des libertés. D'où les dangers courus par celles-ci, surtout lorsque les autorités administratives font de plus en plus largement appel aux circonstances exceptionnelles pour justifier leur action. On concevrait donc normalement que l'extension des pouvoirs conférés à l'Administration comporte, par un juste retour des choses, un contrôle accru de la part du juge. Mais, curieusement, on observe une réaction inverse : la présomption qu'applique le juge en temps normal, selon laquelle la liberté est la règle et la limitation l'exception, se renverse, le maintien de l'ordre public devenant la règle, et la liberté l'exception.

(1) Voir :

- NIZARD : « La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles et la légalité », Bibl. de droit public T.L. 1962.
- MATHIOT : « La théorie des circonstances exceptionnelles », Mélanges Mestre p. 412.
- LECLERCQ : « Le déclin de la voie de fait », R.D.P. 1963, en particulier pp. 688 et 700.
- GOYARD : « La compétence des tribunaux judiciaires en matière administrative », Paris, Domat-Montchrestien, p. 451.
- DEBARY : « La voie de fait en droit administratif », Paris, L.G.D.J. 1960, p. 37.
- ROIG : « Les circonstances exceptionnelles dans la jurisprudence administrative et la doctrine », Thèse Paris 1958.

Section I

LE DOMAINE DU CONTROLE

Le domaine des circonstances exceptionnelles ne peut être, par définition, connu avec certitude : elles concernent les périodes de guerre, de crise, de troubles, de tension politique, les risques d'épidémies, les menaces de pénurie, de grève générale et même la notion d'urgence (bien que celle-ci comporte des caractères juridiques différents), bref toute situation exorbitante autorisant l'Administration à utiliser des procédés qui seraient illégaux à toute autre époque.

Par. 1. - La limite du contrôle.

L'étude des circonstances exceptionnelles a déjà été faite en grande partie, dans la mesure où elles ont motivé l'intervention du législateur. La législation relative à l'état de siège, à l'organisation de la Nation en temps de guerre, à l'état d'urgence, aux pouvoirs spéciaux, le régime des pouvoirs exceptionnels de l'article 16, la création de juridictions d'exception, ont à leur source l'existence de circonstances exceptionnelles, et on a montré comment le juge exerce son contrôle en interprétant largement et dans un sens favorable au maintien de l'ordre, les dispositions législatives imposant des restrictions aux libertés publiques (voir *supra*). Mais même lorsqu'aucune disposition de loi ne vient étendre les pouvoirs des autorités administratives, celles-ci se voient reconnaître par le juge le pouvoir de prendre des mesures plus restrictives des libertés qu'en temps normal. En d'autres termes, les textes qui fondent la compétence des autorités administratives sont interprétés différemment selon que l'on est en période normale ou en période exceptionnelle.

Tel est le sens du célèbre arrêt « Dame Dol et Laurent » (2), dans lequel le Conseil d'Etat affirme : « Les limites des pouvoirs de police dont l'autorité publique dispose pour le maintien de l'ordre et de la sécurité, tant en vertu de la législation municipale que de la loi du 9 août 1849, ne sauraient être les mêmes dans le temps de paix et pendant la période de guerre, où les intérêts de la défense nationale donnent au principe de l'ordre public une ex-

(2) C.E. 28 février 1919, Rec. p. 208 ; S. 1918-1919.3.33 note Hauriou ; R.D.P. 1919 p. 338 note Jèze.

tension plus grande et exigent pour la sécurité publique des mesures plus rigoureuses ; il appartient au juge, sous le contrôle duquel s'exercent ces pouvoirs de police, de tenir compte dans son appréciation, des nécessités provenant de l'état de guerre, selon les circonstances de temps et de lieu, la catégorie des individus visés et la nature des périls qu'il importe de prévenir ».

Par conséquent, les limites du pouvoir de police ne sont pas les mêmes en temps de paix qu'en temps de guerre et, en généralisant, on peut dire qu'elles ne sont pas les mêmes en période normale qu'en période exceptionnelle. Il en résulte que la protection des libertés publiques par le contrôle juridictionnel trouve là une de ses limites. Que le législateur intervienne ou non, le juge exerce son contrôle dans un sens restrictif des libertés lorsque surviennent des circonstances exceptionnelles, attitude nouvelle que l'on peut faire apparaître par contraste, dans le schéma suivant :

	Texte consacrant une liberté	Texte limitant expressément une liberté	Texte obscur ou offrant plusieurs possibilités d'in- terprétation
Période normale	Interprétation large	Interprétation stricte	Interprétation favorable à la liberté
Période exceptionnelle	Interprétation stricte	Interprétation large	Interprétation favorable à la limitation de la liberté

En pratique, tous les efforts des autorités administratives tendront à leur faire avancer, comme moyen de défense et comme justification des violations de libertés qu'elles ont commises, l'existence de circonstances exceptionnelles. De la sorte, seront reconnues légales des mesures qui, intervenant à une autre époque, auraient été qualifiées d'illégales ou de voies de fait. Là encore, si on peut parler sinon de déclin de la voie de fait (cf. Leclercq, op. cit.), du moins de diminution des cas de voie de fait, c'est non seulement parce que le juge administratif s'estime aussi capable que le juge judiciaire de défendre les droits et libertés, et qu'il

n'y a pas d'inaptitude de la juridiction administrative à garantir efficacement leur exercice, mais aussi et en même temps parce que l'Administration cherche à échapper, par le biais des circonstances exceptionnelles, aux conséquences rigoureuses de la reconnaissance de voies de fait. C'est là une raison non négligeable de la régression des cas de voie de fait juridiquement reconnus. Comme il a été dit, la voie de fait implique à l'origine une sorte d'autocritique de la part de l'Administration. Mais encore faut-il que celle-ci y consente et, de ce point de vue, le juge est assez mal armé pour apprécier à sa juste valeur la notion de nécessité qui constitue le fondement et la limite de l'extension des pouvoirs de l'Administration.

C'est pourquoi la survenance de circonstances exceptionnelles entraîne un certain renversement des valeurs juridiques. Le juge tend à admettre que les pouvoirs de police peuvent s'exercer librement sans rencontrer devant eux l'obstacle d'une liberté légalement organisée. Les circonstances exceptionnelles font « éclater » le cadre normal de la légalité, situation qui influe nécessairement sur l'exercice du contrôle juridictionnel et surtout sur son efficacité en tant que protection des libertés. La prise en compte des circonstances exceptionnelles a pour conséquence de reculer les limites de l'illégalité ou de réduire sa gravité : la violation qui aurait pu être qualifiée de voie de fait devient illégalité simple ou aboutit parfois à une irresponsabilité totale ; l'illégalité simple disparaît purement et simplement.

Par. 2. - Le champ d'application du contrôle.

Cette constatation se déduit d'une jurisprudence très abondante ; on se contentera d'en citer quelques exemples relatifs aux différentes libertés dont les circonstances exceptionnelles ont justifié les atteintes qui leur étaient portées :

I. — *Liberté individuelle.*

Le Conseil d'Etat a rendu « plusieurs centaines » d'arrêts (3) concernant des arrestations et internements survenus à la Libération, dans lesquels il affirme l'absence de voie de fait, « car l'action administrative se rattachait à un pouvoir exceptionnel de

(3) LONG, WEIL et BRAIBANT : commentaire de l'arrêt « Heyriès », G.A.J.A. 1915 p. 142.

temps de crise » (4). Aussi a-t-il reconnu alors sa compétence : C.E. Alexis et Wolff (5). De même un préfet a pu légalement ordonner l'internement d'un individu dangereux pour la défense nationale « eu égard aux circonstances exceptionnelles dans lesquelles cette décision a été prise au cours des opérations de guerre » (6); ou encore « eu égard aux circonstances exceptionnelles de l'époque, l'arrestation du requérant n'est pas de nature à ouvrir droit à l'indemnité au profit de celui-ci » (7); également : « dans les circonstances exceptionnelles de l'époque, cette arrestation n'a pas le caractère d'une faute lourde » (8).

Le Tribunal des Conflits a adopté la même solution, affirmant dans le célèbre arrêt « Dame de la Murette » du 27 mars 1952 (9) « qu'il appartient à l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle de statuer sur les conséquences de tous ordres des atteintes arbitraires à cette liberté, celles-ci ayant par elles-mêmes le caractère d'une voie de fait, mais que cette règle reçoit exception dans le cas où des circonstances exceptionnelles empêchent de reconnaître ce caractère aux atteintes dont s'agit ». Cette jurisprudence a été non seulement confirmée (10), mais encore étendue aux atteintes à la vie des personnes (11).

Enfin, des faits en rapport avec les événements de guerre (arrestation, détention, enlèvement, exécution) entraînent l'irresponsabilité de l'Etat : C.E. 27 juillet 1949, 4 arrêts : Veuve Néron, Baucel et autres, Deloménède, Dejax, Veuve Chapuis et autres

(4) DELVOLVÉ : « Une crise du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires », E.D.C.E. 1950 p. 37.

(5) 7 novembre 1947, Rec. p. 416, S. 1948.3.101 concl. Céliier, D. 1948 p. 472 note Eisenmann, J.C.P. 1947.II.4006 concl. Céliier note Mestre ; C.E. 25 novembre 1949, Rec. p. 515.

(6) C.E. 19 février 1947, Bosquain, Rec. p. 633.

(7) C.E. 11 mars 1955, Bancal, R.P.D.A. 1955 n° 192 p. 112.

(8) C.E. 18 juin 1954, Epoux Rodet, Rec. p. 368 ; de même : 2 décembre 1953, Ponzevera, Rec. p. 523.

(9) Précité ; G.A.J.A. 1965 n° 91 p. 367.

(10) T.C. 12 février 1953, Epoux Jaubert c/ Etat, Rec. p. 584.

(11) T.C. 28 mars 1955, Préfet du Lot-et-Garonne, R.P.D.A. 1956 p. 1 note Eisenmann ; T.C. 12 décembre 1955, Consorts Saphy, Rec. p. 796, R.P.D.A. 1956 n° 34 p. 22 : arrêts rendus à propos d'exécutions sommaires ; voir également : T.C. 30 novembre 1953, Consorts Gioux, T.C. 12 février 1955, Combes, A.J.D.A. 1956.II p. 240 n° 231, T.C. 10 décembre 1956, Prades, A.J.D.A. 1957.II p. 237 n° 235 : il résulte des circonstances dans lesquelles ont eu lieu à l'époque de la libération de la région l'arrestation et l'exécution des victimes que « ces actes, s'ils peuvent engager la responsabilité personnelle de leurs auteurs, n'ont pas revêtu en l'espèce la caractéristique de voie de fait ».

(12); C.E. 16 novembre 1949 Veuve Allard (13); C.E. 27 janvier 1950 Dame veuve Bistel (14); C.E. 8 décembre 1950 Pignot (15).

II. — *Liberté d'aller et de venir.*

En période exceptionnelle, l'autorité administrative peut interdire l'accès d'un territoire à certains individus ou ordonner leur expulsion : C.E. 10 décembre 1954, 3 arrêts d'assemblée : Andréani, Haut Commissaire de France en Indochine c/Solovieff, Desfont (16) : « les arrêtés attaqués..., dont les auteurs n'étaient pas tenus de formuler expressément les motifs, étaient en fait motivés par des agissements qui étaient de nature à faire regarder le requérant comme dangereux pour la sécurité publique ; dans ces conditions, compte tenu des circonstances exceptionnelles du moment, l'autorité administrative a pu légalement ordonner l'expulsion du requérant ». Mais il faut tout de même qu'existent des motifs susceptibles de justifier l'éloignement, même compte tenu des circonstances exceptionnelles (arrêt Solovieff). De même peuvent être internés les individus dangereux pour la défense nationale ou l'ordre public (17).

III. — *Droit de propriété et liberté du domicile.*

Les événements peuvent justifier la fermeture d'une entreprise privée (18), la prise de possession de bien meubles et immeubles, en particuliers de locaux divers ou appartements (19).

(12) Rec. p. 812.

(13) Rec. p. 558.

(14) Rec. p. 86.

(15) Rec. p. 614.

(16) Rec. p. 656, R.P.D.A. 1955 p. 30 concl. Chardeau ; Rev. jur. et pol. de l'Union française 1955 p. 210 note Plantey.

(17) C.E. 19 février 1947, Bosquain, Rec. p. 633 ; voir également ci-dessus la jurisprudence relative aux internements administratifs.

(18) C.E. 8 janvier 1943, Entreprise Ballot, Rec. p. 5.

(19) T.C. 7 décembre 1950, Debuschère, Loisel et consorts Deronet c/ l'Etat, Rec. p. 673 concl. Odent, S. 1951.3.118 ; T.C. 27 juillet 1950, Consorts Sellier, Rec. p. 670 ; T.C. 9 juillet 1953, Préfet de la Seine-Inférieure c/ Soullier, Rec. p. 769 ; T.C. 26 mai 1954, Préfet de l'Hérault c/ Fezou, Rec. p. 711 ; T.C. 14 novembre 1960, Aufort ; T.C. 17 décembre 1962, Société civile Saint-Domat, Rec. p. 828 : « Eu égard aux circonstances exceptionnelles qui existaient à l'époque, (la prise de possession) ne saurait être regardée comme constitutive d'une voie de fait » ; T.C. 13 juin 1955, Salvagnac, R.P.D.A. 1955 n° 354 : « Les circonstances exceptionnelles empêchent de reconnaître le caractère d'une voie de fait aux atteintes portées à (la) propriété. »

IV. — *Liberté de la presse.*

Dans un arrêt du 19 mai 1954 « Société Office publicitaire de France » (20), le Tribunal des Conflits a estimé qu'une lacération d'affiches ne constituait pas une voie de fait en raison des circonstances et de l'urgence : « eu égard tant à la nature des affiches litigieuses qu'aux conditions de temps et de lieu dans lesquelles elles avaient été posées, la menace qui résultait de cet affichage pour l'ordre public était d'une gravité suffisante pour qu'en raison de l'urgence, le préfet de police ait pu, sans commettre de voie de fait, ordonner la lacération de ces affiches par voie d'exécution d'office ».

De même, dans l'arrêt Mezerna du 10 décembre 1958 (21), il a été décidé qu'un périodique avait pu légalement être saisi, car « l'imminence de cette diffusion présentait pour l'ordre public, dans le département d'Alger, une menace d'une gravité suffisante pour qu'en raison de l'urgence le préfet d'Alger ait pu légalement prescrire l'ensemble des mesures de police édictées par l'arrêté précité, ainsi que l'application desdites mesures par voie d'exécution d'office sur toute l'étendue du département susmentionné, au numéro du journal qu'elles concernent ».

V. — *Liberté du travail et droit de grève.*

La menace d'une grève générale justifiait, avant l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946, la révocation de représentants du personnel ayant poussé employés et ouvriers à participer à la grève (22) : « en provoquant une cessation collective et concertée de travail, qui devait interrompre le fonctionnement du service public des chemins de fer, le requérant avait adopté une attitude qui était incompatible avec sa qualité d'administrateur de la société chargée de l'exploitation de ce service public ; dans ces circonstances exceptionnelles, le fait que l'article 20 du décret du 31 août 1937 ne contenait pas de prescriptions relatives aux conditions dans lesquelles le Gouvernement pourrait mettre fin en cours de mandat aux fonctions des représentants du personnel n'était pas de nature à faire obstacle à ce que le Président de la République prononçât par décret, comme il l'a fait, la révocation du requérant ».

(20) Rec. p. 703, J.C.P. 1954.II.8382 note Rivero.

(21) Rec. p. 628.

(22) C.E. 18 avril 1947, Jarrigion, Rec. p. 148 ; S. 1948.3.33 note Rivero.

De même, dans l'arrêt Laugier du 16 avril 1948 (23), le Conseil d'Etat avait admis que, par circulaire du Commissaire à la Guerre, certains militaires pussent être placés d'office en position de disponibilité, bien que seul un texte ayant force de loi eût pu normalement créer une position nouvelle pour les officiers : « les circonstances exceptionnelles du moment, et notamment le fait que le Gouvernement n'avait pu se réunir et qu'il était dès lors impossible de légiférer par voie d'ordonnance, autorisaient le Commissaire à la Guerre à prendre les mesures indispensables pour parer provisoirement à la situation ; toutefois ses décisions devaient, lorsqu'elles portaient, comme en l'espèce, sur des questions relevant du législateur, cesser de recevoir application dès le jour où une autorité ayant pouvoir législatif s'est trouvée en mesure d'exercer ce pouvoir ».

VI. — *Liberté du commerce et de l'industrie.*

Dans un arrêt du 14 octobre 1955 « Société Piscine Lutétia » (24), le Conseil d'Etat a reconnu légale une décision ministérielle ordonnant la fermeture provisoire des piscines de Paris, le ministre ayant « tendu uniquement à empêcher la consommation, par les piscines, des combustibles de toutes natures », mesure qui pouvait être prise en vertu de la loi sur la répartition des produits industriels. Bien qu'il ne s'agisse pas là, à proprement parler, de circonstances exceptionnelles, il est incontestable que cette solution consacre une interprétation large de la loi, en raison de la pénurie de combustibles due à la guerre.

Par contre, dans un arrêt « Chambre syndicale du commerce d'importation en Indochine » du 31 janvier 1958 (25), le Conseil d'Etat s'est fondé directement sur « les circonstances nées de l'état de guerre qui existait en fait en Indochine » pour légitimer l'action de l'autorité administrative qui se trouvait « dans l'obligation pour faire face à la situation économique et sociale de l'époque, d'établir sans délai de sa propre initiative le régime contesté ».

De son côté, le Tribunal des Conflits, dans le célèbre arrêt « Radiodiffusion française » du 2 février 1950 (26) a estimé que le

(23) Rec. p. 161, S. 1948.3.36 concl. contraires Letourneur.

(24) Rec. p. 479.

(25) Rec. p. 63, A.J.D.A. 1958.II.99 chr. Fournier et Braibant.

(26) Rec. p. 652 ; S. 1950.3.73 concl. Odent ; R.D.P. 1950 p. 418 concl. Odent, note Waline ; J.C.P. 1950.II.5542 note Rivero.

brouillage des émissions de Radio-Andorre ordonné par le Gouvernement, « échappait, à raison de sa nature, à tout contrôle juridictionnel », refusant ainsi d'indemniser le concessionnaire de la publicité de ce poste qui avait subi un grave préjudice consécutif au brouillage.

VII. — Cet arrêt concerne également, d'ailleurs, la liberté d'écoute des auditeurs de la radiodiffusion et dans une certaine mesure, la liberté de l'information, puisque le Gouvernement, unilatéralement, avait brouillé les émissions de la station andorrane. Contrairement à la Cour d'Appel de Paris, qui avait estimé qu'il s'agissait là d'une voie de fait portant atteinte à un droit individuel, celui de l'écoute, et aux libertés essentielles du temps de paix ainsi qu'au bon renom de la France (27), le Tribunal des Conflits a jugé que cette action constituait un acte de gouvernement, échappant par nature, à tout contrôle juridictionnel.

Dans le même ordre d'idées, mais à propos d'atteintes à la vie de l'individu, le Conseil d'Etat a estimé que la réparation du préjudice causé à un prince tunisien par l'assassinat de son père ne saurait être assumée par l'Etat français, la question de la méconnaissance des obligations mises à la charge du Gouvernement français par le traité du Bardo n'étant pas susceptible, en raison de sa nature, d'être portée devant la juridiction administrative (28).

Section II

LA PORTEE DU CONTROLE

Telles sont, brièvement illustrées, les différentes hypothèses dans lesquelles, en matière de libertés publiques, le juge prend en considération les circonstances exceptionnelles pour élargir le domaine de la légalité. Cela ne signifie évidemment pas que tout contrôle efficace soit exclu car le juge s'est efforcé de trouver des limites à l'extension de pouvoir consentie à l'Administration (29).

(27) Cour d'Appel Paris, référés, 24 mai 1949, Porché c/ Société de gérance et de publicité, G.P. 1949.2.139.

(28) C.E. 16 mars 1962, Prince Sliman Bey, Rec. p. 179 ; D. 1962 p. 745 note Silvera.

(29) Cf. conclusions Chardeau sous C.E. 10 décembre 1954, Andréani, Solovieff, Desfont, R.P.D.A. 1955, et Letourneur sous C.E. 16 avril 1948, Laugier, S. 1948.3.36.

Il faut en particulier que les circonstances soient telles qu'elles mettent l'autorité administrative dans l'impossibilité d'agir légalement, ce qui suppose un caractère soit de gravité et de soudaineté, soit d'urgence. Sinon, les mesures prises sont illégales ou constitutives de voies de fait ; par exemple T.C. 28 février 1952 Etat c/ consorts Pichard (30) : édification de baraquements sur le terrain d'un particulier ; T.C. 13 janvier 1958 Moleux (31) : édification de baraques provisoires destinées à des réfugiés. Surtout, le contrôle porte sur la nécessité des mesures prises : ne sont légales que celles qui interviennent pour remédier aux nécessités du moment, à la fois « *ratione temporis* » et « *ratione materiæ* ». Les circonstances exceptionnelles doivent exister à la date de l'acte litigieux et celui-ci doit cesser de recevoir application dès leur disparition (32). De plus, les mesures litigieuses doivent être adaptées aux circonstances et au but à atteindre (33).

C'est précisément à propos du contrôle de la nécessité que le juge adopte une attitude favorable à l'Administration. Il en vient, en effet, en définissant une nouvelle nature juridique des actes selon l'époque où ils sont accomplis, à consacrer une présomption d'existence de circonstances exceptionnelles. En d'autres termes, il ne commence pas par exercer un contrôle normal, n'invoquant les circonstances qu'à la fin, à titre vraiment exceptionnel ; au contraire, il examine directement la décision en fonction de l'existence de circonstances exceptionnelles, il les présume et c'est par rapport à elles qu'il exerce le contrôle. Non seulement, par conséquent, l'Administration tend à recourir de plus en plus souvent à la théorie des circonstances exceptionnelles, mais le juge, dans l'exercice de son contrôle, les considère comme un élément de la définition de la légalité. L'exception devient ainsi le principe, car, au lieu de dire : l'acte est illégal, mais l'existence de circonstances exceptionnelles lui enlève son illégalité, le juge affirme : l'acte est légal, mais l'absence de circonstances exceptionnelles le rend illégal.

On en arrive alors à des arrêts ainsi libellés : « l'arrestation et la détention qui l'a suivie, en l'absence de circonstances excep-

(30) Rec. p. 618 ; S. 1952.3.84.

(31) Rec. p. 791.

(32) C.E. 16 avril 1948, Laugier, précité ; C.E. 7 janvier 1955, Andriamisera, Rec. p. 13, R.D.P. 1955 p. 709 note Waline.

(33) C.E. 4 juin 1947, Entreprise Chemin, Rec. p. 246 ; C.E. 28 mars 1947, Société Damien, Rec. p. 138 ; C.E. 21 juillet 1949, Wolff c/ l'Etat et Aubac, Rec. p. 146.

tionnelles à l'époque où ces agissements ont eu lieu, ont constitué des voies de fait » (34). Le régime normal est celui des circonstances exceptionnelles et la victime devra démontrer leur absence pour obtenir gain de cause. Ainsi se trouve établie une interprétation jurisprudentielle favorable à l'autorité administrative et défavorable à l'administré. La présomption appliquée en temps normal par le juge est renversée au profit de l'Administration. La démarche du juge est analogue à celle qu'il fait sienne lorsqu'il affirme que la décision de l'autorité administrative n'est pas étrangère au champ d'application de la loi.

On objectera qu'il ne lui est guère possible de procéder autrement et que, lorsque la maison brûle, on n'a guère le temps de sauver ce qui s'y trouve à l'intérieur. Du moins les sauveteurs doivent-ils s'y employer même si les résultats sont minces ou aléatoires. Que le juge ne puisse exercer un contrôle aussi poussé qu'en temps normal, on le comprend, puisque les événements entraînent par eux-mêmes une limitation de ses pouvoirs. Aussi bien convient-il de se placer, plus que sur le plan des solutions concrètes, qui sont d'ailleurs loin d'être négligeables, sur celui de la technique jurisprudentielle du contrôle. On voudrait seulement que l'attitude du juge et sa démarche, favorables aux libertés en temps normal, soient transposées, *mutatis mutandis*, à ce nouvel équilibre entre l'ordre et la liberté que définissent les circonstances exceptionnelles. C'est dans ce changement de climat, dû aux circonstances, que se trouve la limite de la protection des libertés par le contrôle juridictionnel.

Une constatation voisine peut être faite, quoiqu'à un degré moindre, lorsqu'en raison des circonstances, les pouvoirs publics interviennent dans le domaine économique, car, de ce point de vue également, le juge est amené à tenir compte de l'évolution des événements.

(34) C.E. 25 juin 1954, Escorbiac, Rec. p. 388 ; A.J.D.A. 1954.II bis p. 7, chr. Long ; de même : C.E. 20 mai 1957, Galabert, Rec. Tables p. 882.

CHAPITRE II

LES CIRCONSTANCES ÉCONOMIQUES (1)

Face aux interventions de l'Etat dans le domaine économique, le juge administratif manifeste une certaine réserve et une prudence qui contrastent avec la hardiesse dont il sait faire preuve en d'autres domaines. La raison de cette attitude est simple : l'interventionnisme économique, qui s'inscrit dans le cadre général de la prise en charge par l'Etat de droits et libertés individuels, a entraîné de nombreuses et importantes transformations dans les structures, les organes et les modalités d'action de l'Administration. L'action économique implique un recours constant aux procédés de droit public et de droit privé intimement liés ; des organismes

(1) Voir :

- B. CHENOT : « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat », E.D.C.E. 1950 p. 77.
- J. DE SOTO : « Recours pour excès de pouvoir et interventionnisme économique », E.D.C.E. 1952 p. 64.
- J. RIVERO : « Action économique de l'Etat et évolution administrative », Revue économique 1962 p. 886.
- M. WALINE : Note sous C.E. 29 juin 1951, Syndicat de la raffinerie de soufre française, D. 1951 p. 661.
- J.-M. AUBY : « L'influence du changement de circonstances sur la validité des actes administratifs unilatéraux », R.D.P. 1959 p. 431.
- A. de LAUBADÈRE : Chroniques à la Revue trimestrielle de droit commercial, en particulier en 1951, 1955, 1956, 1961, 1964.
- J. TOUSCOZ : Note sous C.E. 10 janvier 1964 Ass., Ministre de l'Agriculture c/ Simonnet, D. 1964 p. 414.
- Ch. DEBBASCH : Note sous C.E. 24 avril 1964, Société L.I.C., D. 1964 p. 665.
- D. MAILLOT : « La place du principe de la liberté du commerce et de l'industrie en droit administratif », Thèse Paris 1964 (ronéo).

nouveaux font leur apparition, les administrations préexistantes s'adaptent à leurs missions nouvelles.

De tout cela résulte un changement profond dans les procédés juridiques de l'action administrative (2), ayant pour base une technicité et une mobilité devant lesquelles le juge se trouve inéluctablement désarmé, dans la mesure où il est en présence d'une multitude de textes fragmentaires, obscurs, complexes, contradictoires et évolutifs. Lui qui est habitué à statuer en fonction de lois ou de textes généraux, impersonnels, abstraits et immuables, le voilà aux prises avec une loi particulière, concrète et technique, avec une légalité nouvelle quant à son fondement et à son étendue, légalité parallèle qui influe nécessairement sur un contrôle juridictionnel s'inscrivant dans l'ordre juridique traditionnel.

§ 1. - *Principe d'égalité et intérêt général.*

Toujours est-il que l'on assiste à une nouvelle définition du principe d'égalité et par voie de conséquence, à un nouvel équilibre, en ce domaine, entre l'ordre public économique et la liberté de l'« homo economicus ». Juridiquement, l'égalité se trouve réalisée dès lors qu'on applique la même règle à tous les individus qui sont dans la même situation. Mais c'est là une vue abstraite et idéale. En matière économique le principe d'égalité a changé de domaine et, partant, de sens (3) : on recherche, non une égalité abstraite, mais une égalité concrète, tenant compte de la situation et de la place de l'individu au sein de la société. « Il a fallu, écrit M. Rivero, pour éviter qu'une règle trop générale aboutisse à des résultats opposés selon les assujettis, spécialiser la règle à l'extrême, la fragmenter au vu des données techniques, géographiques, économiques, propres à certaines entreprises ; on a dû chercher l'égalité dans la multiplication des catégories et, à la limite, dans la décision « cas par cas », c'est-à-dire exactement à l'opposé de la voie où en pensait traditionnellement la trouver, celle de « la même règle pour tous ». Bien plus, l'Administration, dans nombre de cas, a dû, pour faire prévaloir l'intérêt général, sacrifier systématiquement l'égalité, conférer des privilèges (il est curieux de noter que le mot a retrouvé droit de cité, dans la langue juridique, avec son sens d'Ancien Régime), bref, procéder par voie de discrimination » (4).

(2) Voir J. RIVERO, *op. cit.*, Revue économique 1962 p. 890.

(3) *Id.*, p. 890.

(4) *Id.*, p. 891. Voir par exemple : C.E. Ass., 21 octobre 1966, Société Graciet et C^{ie}, A.J.D.A. 1967 p. 274 concl. Baudoin.

Ainsi est apparu un nouveau critère : l'intérêt général, que l'on retrouve dans l'œuvre jurisprudentielle. S'opposant à la liberté du commerce et de l'industrie qui, elle, est et reste définie en fonction du principe traditionnel d'égalité, il se traduit par une diminution d'efficacité du contrôle juridictionnel, en raison de sa généralité et de son imprécision. On peut, en cette matière, faire à nouveau la constatation selon laquelle lorsque la légalité est définie en termes généraux, le contrôle juridictionnel se trouve limité. Non seulement l'autorité administrative risque de verser plus facilement dans l'arbitraire, mais encore le juge exerce un contrôle plus réservé. Cette conjonction de deux actions l'une positive, l'autre négative, aboutit à limiter, en pratique, la protection des libertés par le contrôle juridictionnel.

Le juge, en effet, se réfère de plus en plus à la notion d'intérêt général, mais sans chercher ni à la définir, ni à la préciser. Souvent, il se contente d'affirmer que la décision litigieuse n'a pas été prise « dans un but étranger à l'intérêt général », tournure négative déjà rencontrée (5) et qui traduit l'élargissement des pouvoirs des autorités administratives. Dès 1952, M. de Soto notait un « déclin » du détournement de pouvoir par la « régression dans les termes employés » (6). Au surplus, le requérant doit prouver que la mesure critiquée avait pour but de favoriser des intérêts privés, preuve très difficile à administrer au regard de l'étendue de l'expression « intérêt général ». Dans un arrêt du 15 mars 1946 « Compagnie d'exportation de Madagascar » (7), le Conseil d'Etat rejette le pourvoi au motif que le requérant « n'établit pas que la mesure critiquée ait eu pour but, non de développer le commerce extérieur de la colonie, mais uniquement de favoriser certaines compagnies privées ».

Les références aux « buts étrangers à l'intérêt général » sont nombreuses. Dès 1949, le Conseil d'Etat relève « qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que (l'autorité administrative) ait méconnu pour des fins étrangères à l'intérêt général le principe d'égalité qui régit le fonctionnement des services publics » (8).

L'exemple le plus frappant demeure, aujourd'hui encore, l'arrêt « Syndicat de la raffinerie de soufre française » (9), dans lequel

(5) Cf. la formule « étranger au champ d'application de la loi ».

(6) J. DE SOTO, *op. cit.*, E.D.C.E. 1952 p. 77.

(7) Rec. p. 81 ; Penant 1947 p. 7 concl. Detton, note Charlier.

(8) C.E. 27 mai 1949, Blanchard et Dachary, Rec. p. 245.

(9) C.E. 29 juin 1951, Rec. p. 377 ; D. 1951 p. 661 note Waline ; S. 1952. 3.33 concl. Barbet, note M. L.

le Conseil d'Etat a considéré comme légal un arrêté ministériel autorisant une entreprise à vendre sa production à un prix très en dessous de la taxe tout en continuant à lui accorder des ristournes, parce qu'il n'est pas établi que ce privilège n'ait pas été justifié par des considérations d'intérêt général dont il appartenait à l'Administration de tenir compte dans les mesures qu'elle était appelée à prendre pour l'application de la législation en matière économique ». Certes l'arrêté ne mentionnait pas expressément le nom de l'entreprise favorisée, mais le résultat était le même, car elle était désignée par ses procédés de fabrication qu'elle seule pratiquait en France. Qui plus est, sa situation privilégiée lui était assurée par ses propres concurrents, obligés de cotiser à la Caisse de compensation, laquelle lui servait ensuite des ristournes.

Ainsi, curieux paradoxe, l'entreprise recevait de ses concurrents une aide financière, qui lui permettait ensuite de les concurrencer, en pratiquant, seule, un prix de vente très inférieur au prix de la taxe ! Mais le Conseil d'Etat a admis que « l'Administration peut admettre un prix différent pour un produit dont l'efficacité n'est pas comparable à celle des autres ou lorsqu'elles estiment qu'il est dans l'intérêt de l'économie nationale de favoriser l'expansion d'une entreprise déterminée ». Ainsi est admise la rupture délibérée de l'égalité entre citoyens appartenant à une même catégorie professionnelle, car pratiquement l'Administration est libre d'apprécier si l'expansion de l'entreprise est ou non de l'intérêt de l'économie nationale. Craignant peut-être d'entrer dans le domaine de l'opportunité, le juge se refuse à exercer son contrôle sur ce point ; ce sera au requérant d'établir que la mesure n'entre pas dans le cadre de l'intérêt général.

Sans aller jusqu'à voir dans l'étendue des pouvoirs reconnus à l'Administration par le juge, un « blanc-seing effrayant » (10), on doit admettre que l'autorité administrative jouit d'un pouvoir quasi-discretionnaire pour décréter que telle entreprise est de peu d'intérêt pour l'économie nationale, et donc, à son gré, pour la favoriser ou la défavoriser. La substitution de la notion vague d'intérêt général à celle de but spécial à chaque décision nuit à l'efficacité du contrôle juridictionnel.

Cette jurisprudence a reçu confirmation par la suite, le Conseil d'Etat relevant « qu'il ne ressort pas des pièces versées au dossier que l'auteur de la décision attaquée ait usé de ses pouvoirs dans

(10) Waline, note précitée, D. 1951 p. 663.

un but étranger aux fins de la législation d'économie dirigée en vue desquelles il lui avaient été conférés » (11); « qu'en admettant même que ces dispositions aient pu porter atteinte à la règle de l'égalité de traitement entre les entreprises intéressées, elles ont pour objet d'assurer le fonctionnement régulier des mesures accessoires à la législation des prix (12).

Par ailleurs, le Conseil d'Etat a refusé de reconnaître, jusqu'à présent du moins, que les dommages résultant de mesures dirigistes puissent engager la responsabilité de la Puissance publique sur la base de la théorie du risque.

Dans un arrêt « Secrétaire d'Etat aux Affaires économiques c/Société d'exploitation des chantiers d'Ajaccio » du 16 novembre 1960 (13), après avoir affirmé que « l'Administration, dont les décisions, dans les circonstances particulières de l'époque, étaient justifiées par l'intérêt général, s'est bornée à user des pouvoirs qui lui sont reconnus par les dispositions législatives et réglementaires ci-dessus rappelées et n'a ainsi commis aucune faute », il a ajouté que ces décisions, en l'espèce l'octroi systématique de licences d'exportation à tous les producteurs de la Corse, ne sauraient engager la responsabilité de l'Etat. Bien que les producteurs de Corse fussent favorisés au regard du régime général des exportations, il n'y avait pas là matière à responsabilité de l'Etat ni pour faute, ni sans faute. Ainsi les ruptures du principe d'égalité consécutives à des mesures discriminatoires se trouvent justifiées dès lors qu'elles sont fondées sur l'intérêt général. Celui-ci est le fondement et la limite de la légalité de l'action de l'Administration.

Dans un arrêt « Société Maison Yvonne » du 19 février 1964 (14), le Conseil d'Etat a estimé illégale l'interdiction, prononcée par le préfet de police de Paris, de vendre des huîtres pendant la saison chaude, aux seuls commerçants installés à l'intérieur du périmètre des halles, alors que la vente restait libre pour les commerçants installés en dehors de ce périmètre. Le préfet ne justifiait « ni par un motif d'intérêt général, ni par une différence de situation entre les intéressés la discrimination qu'il a faite entre les professionnels se livrant au commerce dont s'agit selon l'emplacement où se trouve leur entreprise ».

(11) C.E. 3 juillet 1953, Société Cenpa, Rec. p. 342.

(12) C.E. 12 février 1960, Société industrielle et commerciale d'approvisionnement et Chambre syndicale des commissionnaires et négociants en fruits et légumes, Rec. p. 103, Rev. Dr. social janvier 1961 p. 20 note P.-H. Teitgen.

(13) Rec. p. 621.

(14) Rec. Tables p. 882.

§ 2. - *La notion de « changement de circonstances ».*

Enfin, l'extension des pouvoirs des autorités administratives en matière économique se traduit par une conception plus restrictive de la notion de « changements de circonstances ». Celle-ci est utilisée traditionnellement par le juge dans un but de protection des libertés. Lorsque les circonstances justifiant une restriction aux droits et libertés ont disparu, les autorités de police doivent abroger la mesure restrictive des libertés ; c'est là une application du principe de la nécessité et de la proportionnalité des mesures de police (cf. supra 1^{re} partie). Tout administré intéressé peut demander à l'autorité administrative de rapporter le règlement ou la décision, et soumettre au juge le refus, exprès ou tacite, de l'Administration. Ainsi en est-il des arrêtés municipaux interdisant ou réglementant les processions religieuses, dès lors qu'a disparu tout risque de troubles (15). Ainsi en est-il également des arrêtés préfectoraux réglementant la fermeture de certains commerces lorsque les intéressés changent d'opinion sur les modalités du repos hebdomadaire (16). Il en est de même enfin des interventions des collectivités publiques décentralisées dans le domaine économique : **en principe, lorsque l'initiative privée n'est plus défaillante, les mesures réglementant l'intervention publique doivent être rapportées** (17).

La règle a été généralisée, mais ce sont là les seules applications pratiques de cette jurisprudence, qui suppose pour s'appliquer que plusieurs conditions soient remplies. La validité de l'acte n'est touchée par la survenance de circonstances nouvelles que si l'existence de certaines circonstances de fait était une condition de sa légalité, si d'autre part, le changement de circonstances est important, si enfin le requérant fournit la preuve du changement de circonstances, toutes conditions appréciées strictement par le Conseil d'Etat.

Pourtant, si restrictives qu'elles soient, ces conditions ne sont pas encore suffisantes ; lorsqu'on touche au dirigisme économique, le juge se montre encore plus exigeant. Dans un arrêt d'assemblée

(15) C.E. 25 janvier 1933, Rec. p. 100 ; C.E. 3 février 1933, Lahure, Rec. p. 153 ; C.E. 24 juin 1934, Abbé Morel, Rec. p. 108.

(16) C.E. 1^{er} avril 1936, Syndicat des épiciers détaillants de Toulon, Rec. p. 435 ; C.E. 23 novembre 1938, Lemeurre, Rec. p. 874.

(17) C.E. 10 octobre 1958, Delarbre, Rec. p. 482 ; C.E. 19 juin 1956, Veyrières, Rec. p. 556.

du 10 janvier 1964 « Ministre de l'Agriculture c/Simonnet » (18), le Conseil d'Etat a affirmé que, « s'il appartient à tout intéressé, en cas de changement dans les circonstances qui ont pu motiver légalement une disposition réglementaire de demander à toute époque à l'autorité compétente d'abroger ce règlement puis de se pourvoir, le cas échéant, contre le refus opposé à sa demande, cette faculté doit en matière économique, être limitée au cas où le changement des circonstances dans lesquelles la disposition litigieuse trouvait sa base légale a revêtu, pour des causes indépendantes de la volonté des intéressés, le caractère d'un bouleversement tel qu'il ne pouvait entrer dans les prévisions de l'auteur de la mesure et qu'il a eu pour effet de retirer à celle-ci son fondement juridique ».

Trois conditions supplémentaires sont donc requises pour que l'Administration soit obligée de rapporter un règlement économique en raison d'un changement de circonstances. Il faut que les causes de ce changement soient indépendantes de la volonté des intéressés, que le changement revête le caractère d'un bouleversement, analogue à celui qu'on rencontre dans la théorie de l'imprévision, et qu'il n'ait pu entrer dans les prévisions de l'auteur de la mesure.

En d'autres termes, l'Administration sera présumée avoir prévu le changement de circonstances, et c'est au requérant qu'il appartiendra de prouver que ledit changement ne pouvait pas entrer dans les prévisions de l'Administration, preuve particulièrement délicate à établir. En matière économique donc, on retrouve également la consécration, par le juge, d'une présomption favorable à l'Administration, comme si le juge admettait la recevabilité de la requête pour mieux la rejeter au fond. « Il n'est établi, dit-il, ni que les modifications invoquées dans les circonstances existant lors de l'intervention du décret de 1933 n'aient pu entrer dans les prévisions des auteurs de ce texte, ni que le refus de modifier ledit décret n'ait, au moment où il est intervenu, été justifié par des nécessités d'intérêt national ».

Le juge admettrait-il d'ailleurs le changement de circonstances, que les conséquences en seraient fort limitées dans le domaine économique, où le Gouvernement dispose du libre choix des moyens ; on retrouve ici encore, une limite de la protection de la

(18) Rec. p. 19 ; D. 1964 p. 414 note J. Touscoz ; A.J.D.A. 1964 p. 150 note Fourré et M^{me} Puybasset ; S. 1964 p. 234 note Auby ; R.D.P. 1964 p. 455 note Waline.

liberté, en ce que le juge refuserait de se substituer à l'autorité réglementaire pour lui prescrire de prendre les mesures les plus conformes (cf. supra). Comme l'a noté M. Touscoz, « cette liberté de l'Administration a, dans le domaine économique, une importance toute particulière ; l'Administration, statuant en opportunité, pourra très fréquemment tirer telles conséquences qu'il lui plaira d'une décision juridictionnelle déclarant obligatoire l'adaptation de la réglementation en vigueur » (19). Puisque le juge décide que la détermination des bases de répartition, le choix des critères ou des périodes de référence sont des questions d'opportunité (20), le principe d'égalité ne peut avoir qu'une portée limitée et relative. L'Administration est présumée respecter l'intérêt général lorsqu'elle prend une réglementation économique, car le juge ne se reconnaît pas le pouvoir d'en contrôler l'opportunité (21). Ce sera au requérant d'établir qu'elle ne recherchait pas l'intérêt général.

Telles sont les raisons pour lesquelles on peut affirmer que le contrôle juridictionnel, en matière économique, s'exerce dans un sens favorable à l'Administration, et non à l'administré. Le dirigisme économique entraîne une relativité du principe d'égalité, devant laquelle le juge ne peut réagir puisque les choix économiques impliquent des discriminations entre les bénéficiaires. En matière économique, le principe de légalité change constamment, car le dirigisme s'inscrit dans une optique dynamique et non plus statique et suppose l'octroi aux autorités gouvernementales de pouvoirs davantage discrétionnaires. Là se trouve au fond la véritable raison de l'attitude du juge. Sur le plan juridique, l'interventionnisme résulte de la loi, du règlement, de mesures individuelles, de procédés de droit public et de droit privé. A ce premier élément de différenciation dans le contrôle s'en ajoute un autre, tiré de l'expression concrète du principe d'égalité, lequel s'exprime au niveau des structures en une égalité entre facteurs économiques de même niveau : individus, entreprises, secteurs économiques.

(19) Note précitée Dalloz 1964 p. 418.

(20) J. Touscoz, *ibid.*, p. 418 ; C.E. 8 janvier 1960, Société Huileries du Nord, Rec. p. 14 ; C.E. 13 juillet 1963, S.A.R.L. Etablissements Maurice Daniel, Rec. p. 427.

(21) C.E. 16 novembre 1960 précité, Rec. p. 621 ; 22 juin 1963, Compagnie de raffinage Shell-Berre, Rec. p. 387 ; dans le même sens : C.E. 19 juin 1964, Société Shell-Berre, Rec. p. 344, R.D.P. 1964 p. 1019 concl. M^{me} Questiaux, A.J.D.A. 1964 p. 438 note De Laubadère ; C.E. 22 juin 1966, Société Shell française et autres, Rec. p. 407.

Face à une telle mutation, la jurisprudence continue de s'exercer dans son cadre traditionnel : le juge a recours aux méthodes habituelles du droit administratif et applique des critères juridiques, dans le cadre du recours pour excès de pouvoir ou du recours de pleine juridiction. Or, ces critères sont nécessairement imparfaits en matière économique où sont pris en considération des critères techniques : efficacité du produit, écoulement du marché, rentabilité de l'entreprise, et le plus insaisissable de tous : l'intérêt général. De cette différence dans les moyens du contrôle naît le défaut de protection d'une liberté définie en termes juridiques, mais s'exerçant selon des modalités techniques.

§ 3. - *Extension aux services publics industriels et commerciaux et au secteur privé.*

Enfin, cette jurisprudence tend à s'étendre, en raison de l'évolution des circonstances économiques, et cherche à gagner aujourd'hui d'autres secteurs, en particulier celui des services publics industriels et commerciaux. Dans un arrêt du 24 avril 1964 (22), le Conseil d'Etat a estimé que l'Administration des Postes et Télécommunications pouvait conclure avec les usagers du téléphone des conventions particulières différentes des contrats d'abonnement souscrits sur la base des tarifs régulièrement établis, à la condition qu'elles soient « compatibles avec la bonne marche du service et justifiées par la situation particulière du demandeur ». « Il appartient au ministre, affirme la Haute Juridiction, à l'occasion de chacune des demandes qui lui est soumise, en vue d'obtenir des facilités particulières d'utilisation du réseau téléphonique, d'apprécier, compte tenu de l'intérêt des usagers et du service public ainsi que des possibilités techniques de sa réalisation, si le projet présenté peut-être retenu et faire l'objet d'une convention spéciale ».

Deux conditions sont donc nécessaires pour que le ministre puisse conclure des conventions particulières avec les usagers du téléphone. Il doit, en premier lieu, tenir compte du caractère particulier de la situation de l'utilisateur. Il faut ensuite que les conventions soient compatibles avec la bonne marche du service et tiennent compte de l'intérêt des usagers, c'est-à-dire comme il est précisé dans l'arrêt, « des avantages que l'ensemble des usagers est

(22) Société anonyme de livraisons industrielles et commerciales, Rec. p. 239 ; D. 1964 p. 665 note Debbasch ; A.J.D.A. 1964 p. 308 concl. Combarnous, et chr. Fourré - M^{me} Puybasset p. 293.

susceptible d'en retirer ». En d'autres termes, et à la lumière des conclusions du Commissaire du Gouvernement, l'intérêt général s'ajoute à la condition particulière des usagers et justifie les discriminations. C'est là un rapprochement très net avec la jurisprudence économique, alors que jusqu'à présent, le service des P.T.T. demeure un service public traditionnel (dont l'activité, cependant, fait de lui en pratique un service public industriel et commercial).

Il faut ajouter que ces tendances jurisprudentielles, observées dans les rapports économiques entre l'Etat et les particuliers, se retrouvent également lorsqu'on examine les relations entre employeurs et salariés, dans le secteur privé. Lorsqu'un litige, en ce domaine, soulève un problème d'ordre économique, le juge judiciaire exerce un contrôle plus réduit et présume que toutes les mesures à incidence économique prises par l'employeur concernent la bonne marche de l'entreprise. Il applique une présomption favorable à l'employeur et se refuse à contrôler, de près ou de loin, l'opportunité des décisions à caractère économique prises par le chef d'entreprise, même lorsqu'elles ont une incidence sur la situation des travailleurs (cf. 1^{re} partie).

Conclusion

Ainsi, dans le domaine économique, entendu au sens large, comme en période exceptionnelle, l'autorité administrative est présumée agir dans un but soit d'intérêt général, soit d'ordre public. Bien entendu, cette présomption tombe devant la preuve contraire mais il n'en reste pas moins que le juge exerce un contrôle favorable au point de départ à l'Administration, et ce renversement de présomption limite d'autant la protection qu'il assure à l'exercice des libertés.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

La garantie que constitue pour les libertés le contrôle juridictionnel se trouve limitée en pratique par différentes interventions prenant naissance au dehors, et que l'on pourrait qualifier d'« exogènes » : le législateur, l'Administration, les circonstances exercent tour à tour leur action et influent sur l'exercice du contrôle juridictionnel dans un sens restrictif des libertés. Mais il faut bien avouer que cette séparation est artificielle car, dans la réalité quoti-

dienne, ces trois éléments exercent une action conjointe et sont plus ou moins intimement liés.

Surtout, ils s'unissent pour déterminer, entre l'ordre et la liberté, entre les prérogatives de l'Administration et les droits des administrés, un nouvel équilibre qui se traduit non seulement par une extension des pouvoirs consentis aux autorités administratives, mais encore, en vertu d'une sorte d'accélération irréversible, par un prolongement de ces pouvoirs dû à l'exercice du contrôle juridictionnel. En effet, devant cette nouvelle définition de l'ordre et, par voie de conséquence, de la liberté puisque l'un et l'autre sont complémentaires, et en raison soit de la technicité des problèmes, soit de l'imprécision et de la généralité des textes, le juge applique une présomption favorable à l'ordre public et défavorable aux libertés, en ce sens qu'il estime que les mesures prises sont présumées intervenir pour le rétablissement ou le maintien de l'ordre, au sens large, ou dans un but d'intérêt général. Moins poussé et moins minutieux qu'à l'ordinaire, le contrôle juridictionnel n'établit pas, dans ce cas, une protection comparable à celle qui est instaurée en temps normal.

Le danger vient de ce que ces situations, qui devraient être et rester exceptionnelles, ont tendance à devenir normales et à s'institutionnaliser. Au bout de quelque temps, de nouvelles catégories juridiques font leur apparition, dont les origines exorbitantes s'estompent peu à peu. Parfois même, elles sont créées de toute pièce en période normale. S'appliquent alors à toute époque une législation et une pratique conférant aux autorités administratives des prérogatives chaque jour plus nombreuses et plus étendues, et prévoyant, en cas de non obéissance ou d'opposition de la part des administrés, de sévères sanctions sur le plan pénal. Les limitations de la liberté deviennent plus importantes que la liberté elle-même, laquelle se voit réduite au rang de principe théorique, reconnu et consacré négativement par les atteintes qui lui sont portées.

La matière des oppositions à fonctions est aujourd'hui classique et il n'est pas de domaine dans lequel des sanctions ne soient édictées lorsque les intéressés font obstacle à l'action de l'Administration. Outre les questions, bien connues en droit administratif, des oppositions à exécution forcée, réquisitions, contrôle fiscal, exécution de travaux publics, les oppositions à fonctions sont sanctionnées en tous domaines et concernent tous les secteurs de la vie de l'individu : liberté du travail, conflits collectifs du travail, apprentissage, liberté surveillée, fraudes, enseignement, circulation et transports par air, route, chemin de fer, navigation fluviale, répar-

tition des produits industriels, agriculture, construction, logement, refus du débiteur de communiquer ses livres aux créanciers, installations d'importance vitale, établissements classés, établissements de bienfaisance, établissements d'aliénés, débits de boissons, radio-diffusion, pharmacie, banque, liberté de la presse, vaccination, prélèvements de sang, pêche, camping...

Si l'on songe que les risques d'arbitraire s'accroissent avec l'extension des prérogatives de la puissance publique et qu'une décision illégale ne peut être censurée que longtemps après avoir été exécutée ou après qu'ait été sanctionné le refus d'exécution, on s'aperçoit que l'intervention du juge s'avère la plupart du temps trop tardive pour assurer une protection efficace des libertés. Mais on dépasse alors les insuffisances d'origine externe de la garantie juridictionnelle pour atteindre des limites inhérentes au contrôle juridictionnel lui-même, celles-ci s'ajoutant à celles-là pour accentuer, en pratique, le défaut de protection des libertés.

TITRE II

LES LIMITES INHÉRENTES AU CONTROLE JURIDICTIONNEL

Lorsqu'une atteinte a été portée à la liberté de l'individu, il est un premier obstacle que celui-ci doit surmonter : la réputation de solennité et de mystère qui entoure le juge et sa fonction. Le juge, en effet, ne peut intervenir que s'il est saisi, ce qui suppose de la part de la victime une démarche positive, une initiative personnelle. Il faut que le plaideur exprime son désir de se voir rendre justice, dans un acte positif et concret : la saisine du juge, le recours à la juridiction. Or, beaucoup y renoncent par crainte des risques et des complications possibles, et aussi par ignorance de l'étendue de leurs droits. La juridiction est un monde à part, caché et secret, dont témoignent la technicité du vocabulaire employé, le formalisme de la procédure et l'auguste et occulte majesté de son déroulement. Il faut donc que ceux qui se sentent les plus éloignés du contrôle juridictionnel en raison de leur position sociale, c'est-à-dire ceux qui sont faibles, désarmés et démunis, surmontent une certaine tendance, naturelle ou forcée, à la passivité et n'hésitent pas à s'adresser au juge.

Mais la bonne volonté, et même la volonté tout court, ne suffisent pas. Il faut encore que les victimes aient la possibilité matérielle de saisir facilement les tribunaux, que le juge se prononce dans un délai raisonnable et surtout qu'il puisse sanctionner et assurer la réparation de l'atteinte portée aux libertés. Juridiquement, ainsi qu'il a été dit en première partie, ces conditions sont remplies et la protection effectivement assurée ; il existe des organis-

mes chargés de dire le droit, de trancher des difficultés juridiques, et se prononçant « après avoir fonctionné dans des conditions garantissant aux justiciables que le litige a été examiné par les personnalités mêmes qui avaient légalement qualité pour le faire, après une instruction permettant de découvrir tous les aspects d'une vérité souvent difficile à saisir, et que la décision finale a été prise dans des formes régulières et pour des motifs de fait et de droit correctement déduits » (1).

En est-il de même en pratique ? C'est de la réponse à cette question que dépend finalement l'existence d'une véritable protection des libertés publiques par le contrôle juridictionnel. En France, tout le système juridictionnel repose sur une garantie « a posteriori » des intérêts des administrés, et l'on peut se demander si les libertés sont susceptibles de s'accommoder d'une telle garantie car, dans *l'organisation* (Sous-titre I) comme dans *le fonctionnement* (Sous-titre II) du contrôle juridictionnel, apparaissent certaines insuffisances dont, en dernière analyse, l'individu se trouve être la seule victime.

(1) R. ODENT : « Cours de contentieux administratif », p. 463.

SOUS-TITRE PREMIER

Les limites dans l'organisation du contrôle juridictionnel

Au cours de la VII^{me} session du Centre de sciences politiques de Nice, en juillet 1960, le président René Cassin rappelait que six exigences sont nécessaires à l'administration d'une bonne justice :

— l'existence d'organismes ayant le caractère de juridiction, ce qui est réalisé lorsque des magistrats indépendants prennent des décisions définitives (c'est-à-dire échappant au pouvoir politique);

— un accès aisé des justiciables aux organismes juridictionnels, et, ajoutait-il, « s'il est possible, que le juge ne soit pas trop éloigné du justiciable » ;

— des « garanties de sérieux » données au justiciable par l'organisation et la procédure de ces organes juridictionnels, afin que soit dégagée la vérité des faits et de la règle de droit ;

— une justice égale pour tous, rendue conformément à une règle de droit, écrite ou non écrite, identique pour tous, ce qui exclut que le juge statue « suivant des impressions personnelles, suivant la qualité du plaideur qui vient devant lui, puissant ou misérable » ;

— l'existence du double degré de juridiction et la mise en œuvre, à côté « des grandes procédures qui se déroulent lentement », de procédures « permettant de faire face à des situations exigeant célérité » : procédures conservatoires rapides, procédures d'urgence ;

— le respect de la chose jugée et l'exécution du jugement « assez aisée pour le gagnant, non seulement en vue de rendre illégale la résistance du perdant, mais même aussi pour rendre moralement impossible cette résistance ». « Là où les décisions de justice ne sont plus exécutées, ajoutait l'orateur, la fonction de justice de l'Etat n'étant plus exercée efficacement, la tentation de l'homme de se faire justice lui-même, que l'on essaie péniblement de réprimer dans une société policée, réapparaît immédiatement. Là où il n'y a plus de justice, le citoyen a le plus vif désir de se faire justice à lui-même ».

Ayant résumé ces exigences fondamentales, le président Cassin estimait qu'elles étaient « traditionnellement remplies dans les pays civilisés et notamment en France, tant dans l'ordre judiciaire que dans l'ordre administratif » (2). Sur le plan juridique, il est effectivement aisé de prouver que ces conditions sont réalisées puisque le juge, statuant en toute indépendance, tend à attirer à lui le plus grand nombre possible d'actes, particuliers ou administratifs, portant atteinte aux libertés (cf. 1^{re} partie, titre I) et à exercer un contrôle, sans cesse plus poussé, sur la régularité de ces actes (1^{re} partie, titre II).

En pratique, cependant, vu de l'extérieur, le résultat est quelque peu différent. On sait déjà quelles difficultés entraînent le respect de la chose jugée et l'exécution des décisions de justice de la part de l'Administration (supra) : elles suffiraient à elles seules à pousser le citoyen à se faire justice lui-même, à supposer qu'il le puisse. Mais ce n'est pas tout, car la protection de la liberté est réduite en pratique, soit par l'absence de juridiction compétente (chapitre 1^{er}), soit au contraire par l'existence d'une dualité de juridictions (chapitre 2), soit enfin par la nature intrinsèque de l'organe juridictionnel valablement saisi (chapitre 3).

(2) R. CASSIN : « De l'unité de la justice dans un pays à dualité de juridictions », in « La Justice », Annales de la Faculté d'Aix-en-Provence, Centre de sciences politiques de l'Institut d'études juridiques de Nice, P.U.F. 1961 pp. 269 et s.

CHAPITRE PREMIER

LES LIMITES TENANT A L'ABSENCE DE JURIDICTION COMPÉTENTE (3)

Une des causes du défaut de protection des libertés publiques par le contrôle juridictionnel est constituée par l'intervention du législateur, lorsque celui-ci réduit, spontanément, ou le plus souvent à la demande des autorités gouvernementales, le domaine de la liberté. Quelle que soit la valeur juridique des raisons qui expliquent l'exclusion de tout contrôle juridictionnel sur les actes législatifs, l'observateur ne peut manquer d'être surpris de voir ceux-ci, par le biais des validations législatives, enlever toute portée aux décisions de justice et les priver d'effet. Il y a là, en pratique, une grave lacune dans le système de garantie des libertés publiques, puisqu'il suffit de faire passer dans le domaine législatif les mesures censurées par le juge pour leur redonner une force juridique désormais incontestable, au sens propre du terme.

Même en dehors des cas de validations législatives, l'expérience prouve que la loi, que ce soit en période exceptionnelle ou en temps normal, peut porter atteinte aux droits les plus fondamentaux de l'individu. Celui-ci ne trouve alors nulle part de protection juridictionnelle contre son application, ni de la part du juge judiciaire, ni de la part du juge administratif, ni par voie d'action, ni par voie d'exception. « Attendu, affirme la Cour de

(3) Pour une étude d'ensemble de la question, voir L. FAVOREU : « Du déni de justice en droit public français », Paris L.G.D.J. 1964, Bibliothèque de droit public, Tome LXI. Voir également : F. BATAILLER : « Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel », Thèse Paris 1964.

Cassation, qu'il est fait grief à la décision attaquée d'avoir statué pour application de la loi du 17 janvier 1948 alors que ce texte serait contraire à la Constitution ; mais attendu que l'exception soulevée ne peut être portée devant les tribunaux de l'ordre judiciaire » (4) ; ou encore, à propos d'une exception d'inconstitutionnalité : « attendu qu'aucun texte n'autorise les tribunaux judiciaires à connaître d'une telle exception » (5). Quant au Conseil d'Etat, il est non moins catégorique : « Considérant qu'en l'état actuel du droit public français, ce moyen (l'inconstitutionnalité de la loi) n'est pas de nature à être discuté devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux » (6).

Juridiquement, on le sait, le contrôle est exclu parce que le Parlement exprime la volonté générale, et ne relève pour cette raison que de lui-même et de sa volonté propre (7). C'est l'idée de souveraineté qui explique que les actes du souverain ne soient par essence entachés d'aucune irrégularité, ce qui exclut l'idée même d'un contrôle de constitutionnalité. Mais en réalité, sous la Constitution de 1958, la loi n'est plus un acte souverain, ou du moins incontestable (8) ; simplement, en ce qui concerne le droit administratif, garde-t-elle « sa nature ancienne, c'est-à-dire son caractère non contestable et non fautif » (9).

Mais une procédure spéciale est organisée pour sanctionner effectivement les irrégularités de la loi : un organe juridictionnel compétent a été créé à cet effet. Toutefois, des obstacles d'ordre procédural demeurent, juges administratif et judiciaire voyant leur compétence limitée par les textes : l'art. 32 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 ne donne compétence aux juridictions administratives que pour connaître des « actes des diverses autorités administratives » ; quant aux juridictions judiciaires, elles se heurtent à l'interdiction catégorique de la loi des 16-24 août 1790, de la Consti-

(4) Cass. Civ. 20 décembre 1950, Toutain c/ Caisse nationale de vieillesse de Basse-Normandie, Bull. Civ. II n° 714. Sept autres décisions identiques le même jour.

(5) Cass. Civ. 3 février 1960, Lasseur, Bull. Civ. II n° 85 p. 55.

(6) C.E. 6 novembre 1936, Coudert et Arrighi, Rec. p. 966, S. 1937.3.33 concl. Latournerie, note Mestre, D. 1938.3.1 concl. Latournerie, note Eisenmann, R.D.P. 1936 p. 671 concl. Latournerie ; *id.* C.E. 10 juillet 1954, Fédération des conseils de parents d'élèves des écoles publiques, Rec. p. 449, S. 1955.3.1 note J. Dehaussy.

(7) Cf. concl. Latournerie précitées.

(8) C'est là l'opinion dominante : voir L. FAVOREU, *op. cit.*, p. 50, et les auteurs cités.

(9) G. VEDEL.

tution de 1791 (10) et de l'article 127 du Code pénal, aux termes duquel « seront coupables de forfaiture et punis de la dégradation civique les juges... qui se seront immiscés dans l'exercice du pouvoir législatif, soit par des règlements contenant des dispositions législatives, soit en arrêtant ou en suspendant l'exécution d'une ou de plusieurs lois, soit en délibérant sur le point de savoir si les lois seront publiées ou exécutées ». A cela s'ajoute un obstacle tiré de la présence même du Conseil Constitutionnel, dont la compétence, dans le domaine du contrôle de la constitutionnalité des lois, est exclusive de celle de toute autre juridiction (11).

Toujours est-il que, concrètement — et c'est là le seul point de vue qui puisse être envisagé en matière de libertés publiques — lorsqu'on met en regard les attributions du juge « ordinaire » (juge administratif et juge judiciaire) et celles du juge constitutionnel, on ne parvient pas à couvrir, malgré leur complémentarité, tous les litiges pouvant surgir à propos des lois. Dans la mesure où subsistent des zones d'ombre, la loi portant atteinte, de près ou de loin, aux libertés sera inattaquable. De ce « vide » (12), le juge n'est évidemment pas responsable, mais cela n'enlève rien à la constatation de son existence et de son contenu, juges administratif et judiciaire d'une part (Section I), juge constitutionnel d'autre part (Section II), ayant des attributions très réduites (13).

Section I

LE JUGE ORDINAIRE

Le « juge ordinaire » limite son contrôle au contentieux de l'interprétation de la loi car, en pratique, le contentieux de l'indemnisation et celui de la validité externe sont insuffisants, voire inexistants.

Par. 1. - Interprétation des actes législatifs.

L'interprétation des actes législatifs est un droit existant « sans aucun doute » au profit du juge (14), et l'on a vu que celui-ci,

(10) Titre III, Chapitre V, art. 3.

(11) Cf. G. VEDEL : « Droit administratif » 1964 p. 195 ; AUBY et DRAGO : « Traité », I, p. 58.

(12) L. FAVOREU, *op. cit.*, p. 57.

(13) *Id.*, pp. 57-76.

(14) AUBY et DRAGO : « Traité », I, p. 63.

en temps normal du moins, en use dans un sens favorable à la liberté, interprétant strictement une loi restrictive des libertés et largement une loi consacrant ou protégeant l'exercice d'une liberté. Mais ses pouvoirs ne vont guère plus loin et, devant une disposition de loi expresse et explicite préjudiciable à un droit ou à une liberté, il doit s'incliner. Mieux, la généralité et l'imprécision des termes l'obligent parfois à appliquer une présomption inverse, favorable à la limitation de la liberté.

Ce n'est donc pas sur ce plan que se trouve assurée une véritable protection des libertés. En cas de « silence, d'obscurité ou d'insuffisance » de la loi (art. 4 Code civil), le juge est obligé de statuer tout de même, mais il le fera en fonction des circonstances. En d'autres termes, une loi portant atteinte aux libertés d'une manière claire et explicite doit être appliquée, en dépit des efforts manifestés par le juge pour l'interpréter strictement en période normale. Quant aux époques exceptionnelles, elles justifient une interprétation restrictive des libertés, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon la clarté ou l'obscurité du texte. L'interprétation est une garantie des libertés non négligeable certes, mais insuffisante, et ne pouvant jamais, en tout état de cause, être équivalente à un véritable contrôle de régularité.

Par. 2. - Indemnisation.

L'indemnisation de la victime sur la base de la responsabilité de l'Etat du fait des lois est possible en théorie, mais on n'en trouve que deux applications concrètes et positives en trente années (15). Il est superflu, dans ces conditions, d'entrer dans la controverse concernant la nature de cette forme particulière de responsabilité, que certains vont jusqu'à qualifier de « pseudo-responsabilité du fait des lois » (16). En fait, il importe peu de savoir s'il s'agit d'une véritable responsabilité ou d'un « régime de réparation accepté par le législateur » (17). Il suffit de constater que le principe de la réparation est admis, mais que ses applications pratiques sont quasi-inexistantes.

Il est vrai que, par le biais de la réparation des conséquences dommageables d'actes réglementaires (C.E. 22 février 1963 Com-

(15) Les arrêts « La Fleurette » et « Caucheteux et Desmonts », précités.

(16) L. FAVOREU, *op. cit.*, p. 59.

(17) G. VEDEL : « Droit administratif », p. 206.

mune de Gavarnie précité) ou de mesures individuelles prises en application d'ordonnances ayant valeur législative (C.E. 25 janvier 1963 Bovero, précité), le Conseil d'Etat a fait un pas vers un élargissement des cas de responsabilité sans faute des collectivités publiques (18). Un second pourrait être franchi si, comme le suggère M. le Doyen Vedel (19), le Conseil d'Etat opérerait une distinction dans le contentieux des litiges relatifs à la loi, reposant sur le fait que « spécifique par le régime juridique commandant l'appréciation de sa validité, la loi ne l'est pas en ce qui concerne le régime organisant la réparation de ses conséquences, pour autant du moins que l'on n'invoque pas — ce qui serait impossible — la responsabilité pour faute et que le législateur lui-même ne s'oppose pas à l'application de ce régime ». Ainsi, le contentieux de la validité de la loi continuerait d'échapper au juge administratif, alors que celui de la réparation des dommages causés en l'absence de faute lui serait soumis.

L'arrêt « Lacombe », étudié ci-dessus (2^{me} partie, titre 1) montre que cette hypothèse n'est pas gratuite : « en l'absence d'une disposition précise de la loi de validation, estime le Conseil d'Etat, ou d'une indication précise des travaux préparatoires de ce texte, déniaient tout droit à réparation..., la responsabilité de l'Etat est en principe susceptible d'être engagée... sur le fondement du principe de l'égalité des citoyens devant les charges publiques ».

Il reste à réaliser l'application pratique de ce principe qui, jusqu'à présent, est resté à l'état de virtualité. Rien ne s'y oppose désormais car, affirme M. Vedel « si en matière de validité (c'est-à-dire en ce qui concerne le caractère « incontestable et irréprochable » de la loi), l'acte législatif est, de par notre droit constitutionnel, soumis à un régime dérogatoire de celui du droit public commun, c'est-à-dire du droit administratif, en matière de responsabilité, sur la base de l'égale répartition des charges publiques, l'acte législatif est soumis à ce même droit commun, sauf édicition expresse ou tacite, par le législateur, à propos de chaque loi, d'un régime spécial » (20). Une telle solution pourrait d'ailleurs être étendue à la matière des « actes de gouvernement », qui, au plan du contentieux, présente les mêmes caractères que la loi (21).

(18) Cf. Première Partie, Titre II *in fine*.

(19) Note sous arrêt « Bovero », J.C.P. 1963.II.13326, XX à XXII.

(20) Note précitée.

(21) Telle est l'opinion de M. Vedel, dans sa conclusion — note précitée, XXII — ; voir également Première Partie, Titre Premier, *in fine*.

Par. 3. - Régularité de la loi.

Quant à la régularité de la loi, elle ne fait l'objet d'aucun contrôle de la part du juge, ni au for interne, ni même, comme l'ont montré MM. Auby et Drago (22) et surtout M. Favoreu (23), au for externe. Le juge exerce son contrôle sur la qualification de l'acte, non sur son existence juridique ; il recherche si l'acte a un caractère législatif ou administratif (24), mais ce n'est pas là un contrôle portant sur son existence juridique. D'après la jurisprudence du Conseil d'Etat (25) et celle de la Cour de Cassation (26), on peut affirmer, avec M. Favoreu que « lorsque la régularité même de la procédure de vote par le Parlement est contestée, le juge se réfugie derrière l'autorité de la promulgation, et lorsque la promulgation est elle-même arguée d'irrégularité, le juge se déclare incompétent » (27).

Ainsi, en présence d'une loi portant atteinte aux libertés, le juge, constatant sa promulgation, en déduira qu'elle a été délibérée et votée dans des formes régulières et promulguée dans les formes constitutionnelles. Mais il se refuse à tout contrôle de régularité ou même d'existence juridique. Tout au plus pourra-t-il l'interpréter dans un sens restrictif et, le cas échéant, indemniser la victime. La loi en elle-même lui échappe et il y a un vide que le juge constitutionnel, de son côté, ne peut combler.

Section II

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Le Conseil Constitutionnel, en effet, n'assure que d'une manière insuffisante la protection des droits et libertés individuels. Certes, il exerce des attributions juridictionnelles (28), et se trouve

(22) « Traité », I, p. 59.

(23) *Op. cit.*, pp. 65 et s.

(24) Cf. C.E. 1^{er} juillet 1960, F.N.O.S.S. et Fradin, Rec. p. 441, D. 1960 p. 690 concl. Braibant, A.J.D.A. 1960.I p. 153 chr. Combarnous et Galabert.

(25) C.E. 2 décembre 1853, Dame Massois, Rec. p. 1012.

(26) Cass. Crim. 13 juin 1879, D. 1879.1.278, S. 1879.1.385.

(27) *Op. cit.*, p. 68.

(28) Voir EISENMANN et HAMON : « La juridiction constitutionnelle en droit français », Max Planck Institut, Berlin 1962, p. 287 ; L. FAVOREU : « Le Conseil constitutionnel, régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », R.D.P. 1967 p. 5.

chargé d'un certain contrôle de constitutionnalité des lois, assurant en cela le respect pour tous de la règle supérieure et garantissant à tout individu l'application correcte de la Constitution par le Parlement. Mais ses compétences sont trop réduites pour qu'il puisse empêcher la mise en application d'une loi qui porterait atteinte aux libertés, quel que soit par ailleurs son rôle positif à cet égard en matière d'interprétation du texte constitutionnel (29).

Par. 1. - La saisine.

La saisine du Conseil Constitutionnel est réservée, on le sait, à quatre autorités étatiques seulement : le Président de la République qui, théoriquement, dans le cadre de sa mission d'arbitrage, pourrait se poser comme protecteur des libertés contre les abus du pouvoir, mais en pratique, incarne le pouvoir et n'est donc pas en mesure de jouer ce rôle ; le Président de l'Assemblée Nationale qui, dans la tradition française, reste l'émanation de la majorité politique qui l'a élu et demeure, au point de vue politique, dans un état de dépendance vis-à-vis de celle-ci ; le Premier Ministre, qui par hypothèse représente la majorité ; le Président du Sénat enfin, qui en cas de désaccord entre les deux Chambres, peut saisir le Conseil, et apparaît ainsi comme le seul garant des libertés individuelles par rapport à la Constitution. Bien que certaine et non négligeable, la saisine du Conseil par le Président du Sénat ne constitue pas une protection suffisante des libertés. « Les conditions de sa saisine sont telles, écrivait M. Vincent Auriol, que si l'exécutif et les Présidents des deux Assemblées — les uns et les autres responsables des lois, ordonnances et décrets — ne soumettent pas leurs textes au Conseil Constitutionnel, celui-ci ne peut s'en saisir spontanément même si l'inconstitutionnalité en semble évidente » (30). On peut ajouter d'ailleurs, d'un simple point de vue technique, qu'assez souvent, les irrégularités de la loi n'apparaîtront qu'à l'usage, après sa promulgation, et que le défaut de saisine du Conseil sera alors involontaire.

Toujours est-il que le Conseil Constitutionnel a pour mission essentielle de permettre au Gouvernement de s'opposer à tout accroissement des pouvoirs du Parlement et non de protéger les libertés individuelles par un véritable contrôle de constitutionnalité.

(29) Cf. Première Partie, Titre Premier.

(30) *Le Monde*, 3-4 juillet 1960.

« Cet organe, dit M. Loïc Philip, est moins un garant de la Constitution que le défenseur des prérogatives gouvernementales » (31). C'est ce qu'affirmaient le professeur M. Duverger en 1959 : « Le Conseil Constitutionnel n'a pas pour mission de protéger les citoyens contre la violation de la Constitution, mais d'éviter les empiètements d'un pouvoir sur l'autre » (32) et M. L'Huillier en 1960 : « Le contrôle auquel est actuellement soumise la constitutionnalité des lois est peu efficace. C'est un contrôle d'aspect politique, dont le véritable objectif consiste à éviter les empiètements du Parlement sur les compétences attribuées par la Constitution à l'autorité gouvernementale, plutôt qu'à assurer le respect des droits des citoyens et des libertés publiques » (33).

On constate ainsi qu'il n'existe aucune possibilité pour les individus eux-mêmes de contester la validité et la régularité intrinsèque de la loi. Ce n'est pas un véritable contrôle de constitutionnalité des lois qui est exercé, si bien que la suprématie des règles constitutionnelles reste théorique. La solution consisterait-elle alors, à permettre à tout citoyen y ayant intérêt, à saisir le Conseil Constitutionnel ? Aller aussi loin n'est pas nécessaire, car ainsi que l'a montré M. Loïc Philip : « le but de ce contrôle est avant tout d'assurer la protection des libertés fondamentales des citoyens contre les abus du Parlement, c'est-à-dire de la majorité. Ce résultat peut parfaitement être atteint si l'on reconnaît à la minorité le droit de saisir l'organe chargé du contrôle » (34).

Examinant diverses modalités de saisine, M. Philip estime qu'on peut accorder le droit de saisine « soit directement à la minorité elle-même, comme l'avait proposé le Comité Consultatif Constitutionnel, en permettant au tiers des membres de l'une ou de l'autre Assemblée de saisir le Conseil, soit à un organe ou même à une personnalité suffisamment indépendants du pouvoir pour l'exercer au nom de la minorité lorsqu'ils estiment qu'une loi porte atteinte à la Constitution ». C'est le second système qui a été retenu mais seul, en fait, le président du Sénat est à même de représenter vraiment la minorité, ce qui est insuffisant. On pourrait alors songer, comme l'ont fait MM. Eisenmann et Hamon, à conférer le droit de saisine « au moins en un premier temps, à une minorité parlementaire d'une part, à la juridiction suprême de chacun des deux ordres de juridiction d'autre part » (35).

(31) Note sous C.C. 20 janvier 1961, S. 1961 p. 167.

(32) R.F.S.P. 1959 p. 120.

(33) D. 1960 p. 694, note sous C.E. 1^{er} juillet 1960, F.N.O.S.S. et Fradin.

(34) Note précitée, S. 1961 p. 165.

(35) *Op. cit.*, Max Planck Institut, Berlin 1962, p. 289.

Mais cette extension ne saurait suffire, à elle seule, à permettre une protection efficace des libertés car le contrôle exercé par le Conseil Constitutionnel est assez limité.

Par. 2. - La portée du contrôle.

Malgré des compétences assez larges en théorie, puisque le Conseil a mission de vérifier la conformité de la loi à la Constitution, sans restriction aucune (art. 61 et 62 de la Constitution), la portée de son contrôle se limite, quant à son objet et à son étendue, aux articles 34 et 37 de la Constitution. « Certes, affirment MM. Eisenmann et Hamon, il serait possible théoriquement — en l'absence d'une disposition constitutionnelle contraire, c'est-à-dire limitatrice et exclusive — que le Conseil fût appelé, notamment lorsqu'il est saisi entre vote et promulgation, à se prononcer sur une « inconstitutionnalité de fond », c'est-à-dire sur la contrariété à l'ensemble « Préambule-Constitution ». Mais il paraît peu probable que cette possibilité se réalise » (36).

En fait, jusqu'à présent, aucune décision n'est intervenue sur une « inconstitutionnalité de fond », et l'on ne peut préjuger de ce qu'il adviendra dans le futur. Néanmoins, il existe au moins un « indice de cette réticence du Conseil Constitutionnel à assurer un contrôle « total » de la constitutionnalité » (37): la décision du 15 janvier 1960 (38), dans laquelle le Conseil n'a pas invoqué les principes du Préambule, bien que cela lui eût été possible (39). Mais comme le souligne avec juste raison M. Favoreu, « il n'y a pas là à vrai dire, une indication décisive de la volonté du Conseil Constitutionnel de borner son contrôle aux articles de la Constitution relatifs au fonctionnement des Pouvoirs publics » (40), car les circonstances de l'espèce justifiaient que le principe d'égalité juridique, consacré dans le Préambule, ne fût pas pris en considération, tant il est vrai que « l'égalité juridique proclamée par nos Constitutions n'a de sens qu'à l'intérieur d'un milieu présentant un minimum d'homogénéité sociale. Plus on s'éloigne de cette homogénéité sociale, moins l'égalité est efficace » (41).

(36) *Op. cit.*, p. 269.

(37) L. FAVOREU, *op. cit.*, p. 72.

(38) D. 1960 p. 293 note Hamon ; S. 1960 p. 247 note Rousset.

(39) Cf. L. HAMON, note précitée ; dans le même sens : F. BATAILLER, « Le Conseil d'État, juge constitutionnel », Thèse Paris 1964 p. 49.

(40) *Op. cit.*, p. 72.

(41) L. HAMON, note précitée, D. 1960 p. 293.

Ainsi, en pratique, la validité des lois ordinaires, et par conséquent, de celles qui porteraient atteinte aux libertés, ne fait l'objet d'aucun contrôle juridictionnel, ni de la part du juge ordinaire, administratif ou judiciaire, ni de la part du Conseil Constitutionnel, et la pratique de neuf années d'histoire constitutionnelle suffit à en témoigner. Non seulement les lois promulguées ne peuvent être soumises à aucun juge, mais encore celles qui ont été déférées au Conseil Constitutionnel avant leur promulgation n'ont jamais fait l'objet d'un contrôle de régularité « au fond ».

Il est vrai que la délimitation du domaine de la loi par les articles 34 et 37 de la Constitution a eu, en un certain sens, des effets bénéfiques pour les libertés, dans la mesure où le juge administratif s'est reconnu compétent pour connaître des actes de l'exécutif intervenant dans les matières non comprises dans le domaine de la loi. Tout un ensemble de mesures qui, jadis, étaient de nature législative, sont désormais susceptibles de contrôle juridictionnel, en ayant pris la nature réglementaire (cf. 1^{re} partie, titre I; voir arrêt Syndicat Général des ingénieurs-conseils précité).

Mais le fonctionnement même des institutions impose un correctif à cette constatation. En effet, outre le vide juridictionnel qui demeure pour les matières qui font partie du domaine de la loi, la protection des libertés reposant alors sur la seule bonne volonté du Parlement, on peut noter que les autorités gouvernementales, qui disposent au Parlement, sous la V^{me} République, d'une majorité fidèle et docile (au moins à l'Assemblée Nationale, qui a le dernier mot dans l'élaboration de la loi), ont toujours le loisir de lui faire voter les projets de loi qu'elles jugent utiles. La pratique des validations législatives, dénoncée ci-dessus et qui a pris une ampleur constante sous la IV^{me} et la V^{me} République, en est l'exemple le plus frappant. Rien de plus facile que de faire valider par une loi des actes annulés par le juge ou des décisions qui lui ont été déférées, même si elles concernent des matières réglementaires, puisque par le jeu des dispositions de la Constitution, si le Gouvernement peut s'opposer à toute extension des pouvoirs du Parlement, la réciproque n'existe pas. Rien n'empêche le Parlement de se saisir d'une matière réglementaire lorsque le Gouvernement ne s'y oppose pas. Lors des travaux préparatoires, M. Lauriol déclarait : « Si le Parlement vote sans opposition du Gouvernement une loi qui empiète sur le domaine réglementaire, aucune juridiction ne peut être saisie pour constater l'inconstitutionnalité de la loi », et M. Janot renchérit alors : « Aucune » (42).

(42) Travaux préparatoires, avis et débats du Comité consultatif constitutionnel, p. 58.

A plus forte raison en est-il de même en cas, non plus d'absence d'opposition, mais de demande expresse du Gouvernement. Là n'est pas le moindre danger pour les libertés : l'accord entre Gouvernement et Parlement peut réduire à néant le contrôle juridictionnel ou lui enlever toute portée.

Pour cette raison — et toujours en se plaçant d'un point de vue pratique — la mise en œuvre d'un véritable contrôle de constitutionnalité des lois serait la bienvenue et contribuerait à remédier aux dangers causés aux libertés par cette sorte d'entente tacite ou expresse entre Parlement et Gouvernement. Nul n'ignore, certes, que la tradition juridique française est hostile à un tel contrôle. Mais est-ce là une raison suffisante, surtout si l'on songe qu'en 1958, le dogme de l'impeccabilité du législateur a été abandonné ? Certes encore, tout ne serait pas résolu pour autant, l'expérience ayant prouvé, dans un certain nombre d'Etats étrangers, que le juge constitutionnel faisait parfois montre d'un esprit de conservatisme social opposé à l'évolution de la démocratie. Du moins aucun vide juridictionnel ne serait-il laissé, ce qui éviterait aux autorités gouvernementales de s'y réfugier pour échapper au juge, puisqu'aussi bien la suppression de la tentation empêche bien souvent que la faute ne soit commise.

Tel est le point de vue auquel on est inéluctablement conduit lorsqu'on examine avec réalisme et objectivité le fonctionnement des institutions. C'est à ce résultat, en particulier, que sont parvenus les membres du Club Jean Moulin en 1961. Pour eux, en effet, le contrôle de constitutionnalité « est particulièrement nécessaire dans les Etats où les majorités parlementaires sont variables, où l'absence de toute sanction juridique permet aux Parlements d'en prendre à leur aise avec les textes qu'ils ont pour devoir de respecter » (43). La principale difficulté consiste, le principe une fois posé, à en déterminer les modalités d'application. On peut, en premier lieu, « concevoir un système dans lequel tous les tribunaux judiciaires et administratifs auraient compétence pour examiner, sur demande des justiciables excipant de l'inconstitutionnalité d'une disposition législative, si cette disposition est conforme aux principes fondamentaux de la Déclaration des Droits de l'Homme repris dans le Préambule de la Constitution ou au texte même de cette Constitution. Outre que les juges sont mal préparés pour cette tâche, la transposition de ce système, en œuvre aux Etats-Unis, serait peu conforme à nos traditions politiques » (44).

(43) « L'Etat et le citoyen », Editions du Seuil 1961, p. 401.

(44) *Id.*

Reste alors le recours à un organisme spécialisé, tel que le Conseil Constitutionnel. Mais d'une part, il devrait exercer un véritable contrôle de conformité des lois à la Constitution, et d'autre part ses conditions de saisine devraient être considérablement élargies, au profit soit de la minorité parlementaire, soit des juridictions suprêmes de chacun des deux ordres, soit des citoyens eux-mêmes justifiant d'un intérêt certain et actuel pour demander l'annulation d'une disposition législative inconstitutionnelle. A défaut d'une telle extension dans le droit de saisine et dans les compétences, le risque subsistera pour l'individu de voir la loi pouvoir porter impunément atteinte à sa liberté, puisque l'adjonction des compétences du juge ordinaire et du Conseil Constitutionnel ne parvient pas à couvrir, tant s'en faut, les insuffisances de la protection des libertés contre les abus éventuels du pouvoir législatif.

Mais l'existence de juridictions compétentes ne suffit pas toujours à assurer une garantie efficace des libertés. En cette matière, le proverbe ne saurait se vérifier, car il ne vaut pas mieux pêcher par excès que par défaut : il naît autant de difficultés de l'existence d'une dualité de juridictions que de l'absence de juridiction compétente.

CHAPITRE II

LES LIMITES TENANT A L'EXISTENCE D'UNE DUALITÉ DE JURIDICTIONS

En présence de violations des libertés publiques commises par les autorités administratives, atteintes les plus nombreuses et les plus importantes dont ait à souffrir l'individu, juge judiciaire et juge administratif peuvent être tour à tour concurremment ou simultanément saisis, en application des deux principes antagonistes, celui de la séparation des autorités judiciaires et administratives, et celui de l'autorité judiciaire gardienne des libertés individuelles. L'existence de cette dualité de juridictions pose non seulement des problèmes juridiques (voir 1^{re} partie, titre 2), mais aussi des difficultés pratiques. La complexité des règles de procédure est telle, en effet, qu'il est très difficile, voire impossible, à la victime de savoir avec certitude quelle juridiction elle doit saisir.

Chaque fois que les libertés sont en jeu, il est extrêmement difficile de dire à l'avance quelle juridiction sera compétente : c'est de cette incertitude que naît la difficulté, sur le plan pratique. « La répartition des compétences entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, lit-on dans « L'Etat et le citoyen », serait irréprochable si les notions juridiques étaient d'une simplicité rigoureuse. Dans la pratique, il en va autrement : l'efficacité du contrôle juridictionnel sur les actes illégaux de l'Administration souffre de ces incertitudes. La situation du citoyen « en quête d'un juge » est à l'évidence une des plus tragiques et des plus absurdes de notre civilisation » (1).

(1) p. 402.

Il y a beau temps, d'ailleurs, que les juristes eux-mêmes dénoncent cette situation. Dès 1947, M. Vedel notait en commentant l'arrêt « Gerony » (T.C. 24 juillet 1947) : « Contre les erreurs du bureaucrate local, contre les exactions du parti qui peuvent leur enlever le gîte ou le gagne-pain, (les citoyens) ont besoin d'une protection prochaine dans le temps et dans l'espace. Les juristes disputent, à propos de l'arrêt « Gérony », de la séparation des pouvoirs ; mais sur le plan des réalités sociales, le problème posé est celui des citoyens en quête de juges » (2). De même, MM. Duez et Debeyre observaient en 1952 que « l'idée d'indépendance des deux ordres de juridiction renferme un ferment anarchique éminemment nuisible au bon accomplissement de la tâche juridictionnelle » (3). Quant à l'avocat général Lindon, il écrivait en 1956 : « Il n'y a pas de conflits plus vains et plus fâcheux que les conflits de compétence », ajoutant : « Du point de vue de la science juridique et de l'impartialité, les magistrats des deux ordres ne se valent-ils pas ?... Pour ceux qui ont la malchance d'avoir à se débattre dans un fatras de règles de compétence, dont la complication ne le cède qu'à l'inutilité, ce n'est généralement qu'après avoir plaidé trois ou quatre fois devant divers degrés de juridiction parallèles qu'ils peuvent enfin savoir à qui ils doivent s'adresser » (4).

Le problème est donc posé depuis longtemps et, sans le reprendre dans son ensemble (5), on se bornera à dégager ses aspects spécifiques en matière d'atteintes aux libertés publiques. A cet égard, on peut affirmer que ce qui est en cause n'est pas tant le principe même de l'existence d'une dualité de juridictions (Section I) que ses modalités d'application (Section II), car c'est dans la mise en œuvre du principe que des progrès peuvent être réalisés.

Section I

LE PRINCIPE DE L'EXISTENCE D'UNE DUALITE DE JURIDICTIONS N'EST PAS EN CAUSE

A première vue, il peut paraître surprenant de soutenir une telle opinion, alors que l'existence de deux ordres de juridictions

(2) J.C.P. 1947.II.3875.

(3) « Traité de droit administratif », n° 415 p. 275.

(4) « Pour diminuer et simplifier les conflits de compétence », J.C.P. 1956. I.1300.

(5) Voir CL. GOYARD : « La compétence des tribunaux judiciaires en matière administrative », Paris Domat-Montchrestien 1962.

— AUBY et DRAGO : « Traité », I, pp. 323-617.

est en elle-même, pour la victime, une source de complications et d'hésitations, voire de renoncement. Mais la nature même de la fonction administrative implique, en France tout au moins, l'existence d'une juridiction spécialisée ; le problème de la protection des libertés se pose différemment en effet, selon que l'atteinte émane d'un particulier ou d'une autorité administrative. Dans ces conditions, la victime ne peut trouver qu'avantages à se trouver en présence de juges spécialisés car, si l'on envisage la question sous son aspect négatif, le juge judiciaire est peu apte à connaître des litiges administratifs (Par. 1). A cette constatation s'ajoute un argument positif, les intérêts en présence postulant l'existence d'une juridiction administrative (Par. 2). Dans une étude récente (6), M. Francis-Paul Benoît a mis en lumière avec une particulière netteté la nécessité d'une juridiction spécialisée pour régler les litiges administratifs.

Par. 1. - Inadaptation du juge judiciaire.

Pour diverses raisons, *le juge judiciaire semble mal adapté à la connaissance de litiges administratifs*. D'une part, la règle selon laquelle le droit civil serait le droit commun ne repose sur aucun fondement sérieux ; d'autre part, le juge judiciaire ne pourrait, en pratique, exercer un contrôle efficace sur les actes des autorités administratives.

a) *Inaptitude juridique* : La règle selon laquelle le droit civil constitue le droit commun s'appliquant à toute situation juridique est, aujourd'hui encore, considérée bien souvent comme un dogme. Les rapports entre les particuliers et l'Administration seraient alors régis en principe par les règles du droit civil, celles-ci n'étant écartées qu'exceptionnellement, lorsqu'on se trouverait dans l'impossibilité absolue de les appliquer. Faire appel à une juridiction administrative spécialisée ne peut avoir que des inconvénients, affirme-t-on, car elle cherchera inévitablement à développer des règles exceptionnelles et exorbitantes qui forment le droit administratif ; il vaudrait mieux conférer au juge judiciaire l'ensemble des compétences afin qu'il puisse connaître de tous les litiges, particuliers et administratifs.

Pourtant cette conception apparaît erronée, pour des motifs historiques et techniques. Historiquement, en effet, droit administratif et droit privé ont connu un développement parallèle, l'étude

(6) « Juridiction judiciaire et juridiction administrative », J.C.P. 1964.I.1838.

des événements prouvant que le droit administratif « apparaît sous ses aspects propres dès que prend naissance une forme d'organisation sociale », tant il est vrai que « dès qu'apparaissent des problèmes de rapports sociaux, naissent immédiatement des règles originales qui constituent le droit administratif » (7).

A ces constatations historiques s'ajoutent des raisons d'ordre technique, tirées de l'observation initiale selon laquelle, pour combler une lacune en droit administratif, le droit positif ne se tourne pas vers le droit commun mais au contraire adopte une solution spécifique. Le droit civil ne pourrait être considéré comme un droit commun que si les règles qu'il élabore étaient des règles juridiques générales, idéales et applicables à toute situation : « Pour chaque problème social, il n'y aurait qu'une seule règle valable, une seule solution valable : tout problème social aurait « sa solution » (8). Or, tel n'est pas le cas : toute règle juridique est par définition le résultat d'un choix entre diverses possibilités, choix qui s'exerce en fonction du cas concret et précis à résoudre. Toute solution unique résulte d'un désir d'imposer sa propre conception comme la seule valable.

En outre, et cette idée se vérifie d'une manière toute spéciale dans le domaine des libertés publiques, « une règle juridique n'est jamais que la solution d'un problème de fait » (9). L'autorité administrative ne saurait être assimilée au simple particulier, lequel ne peut jamais porter atteinte aux libertés publiques d'autrui. Au contraire, dans la mesure où le maintien de l'ordre public l'exige, l'Administration peut réduire les libertés des administrés. Il n'est donc pas possible de soutenir que les règles du droit privé, qui concernent les rapports de fait existant entre particuliers, doivent s'appliquer également pour régir les relations entre particuliers et autorités administratives. A problèmes différents, solutions différentes. Puisque par nature, l'Administration est dans une situation différente de celle des particuliers, les règles qui lui sont applicables doivent être également différentes et tenir compte du cadre spécifique de son action et des prérogatives qui lui sont reconnues.

On peut objecter, il est vrai, que rien n'empêche le juge judiciaire d'adapter les règles du droit privé en fonction des problèmes

(7) F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, n° 20.

(8) *Id.*, n° 23.

(9) *Id.*, n° 24.

que doit résoudre l'Administration. Mais alors on ne peut plus considérer le droit privé comme étant le droit commun ; l'existence de règles propres conduirait inéluctablement à l'élaboration d'un droit parallèle et, partant, à une spécialisation dans les compétences, si le juge judiciaire ne s'avérait inapte, en pratique, à trancher les litiges administratifs.

b) *Inaptitude pratique* : Lorsqu'une atteinte est portée à une liberté publique par une autorité administrative, il importe que le juge puisse en toute connaissance de cause dire le droit qui doit être appliqué, et à cet effet, il doit connaître aussi bien l'Administration que les particuliers. Or, juger l'Administration, c'est aussi administrer, ce qui implique une connaissance spéciale des problèmes qu'elle doit résoudre et de leur incidence sur les rapports entre particuliers et autorités administratives. Dans ces conditions, il est impossible au juge judiciaire de connaître tout à la fois les problèmes naissant des rapports des particuliers entre eux, et ceux posés par les relations entre particuliers et administration, à une époque où l'on tend irréversiblement, et en tous domaines, à la spécialisation. Hauriou n'écrivait-il pas déjà, en son temps : « Le juge ordinaire n'est pas nécessairement un juge universel, il est simplement un homme qui connaît bien les conditions de commerce juridique de la vie ordinaire ; mais sorti de là, il peut se trouver dangereusement incompétent » (10). « Comment pourrait-on songer, ajoute M. Benoît, à imposer au juge judiciaire cet indispensable effort, dans le même temps où il lui devient de plus en plus difficile de connaître les faits et les problèmes du monde du travail, du monde rural, du monde des affaires, qui relèvent de sa compétence, mais que certains envisagent de lui enlever parce que, selon eux, il les connaîtrait mal ? » (11).

A ce défaut de connaissance des problèmes posés par la nature et les fonctions administratives, se greffe une carence d'ordre psychologique. Le juge judiciaire, au moins en théorie, considère les parties au litige comme strictement égales entre elles, alors que l'égalité n'existe plus dès lors qu'une autorité administrative est en cause. La défense des libertés individuelles s'effectue dans un équilibre particulier entre la liberté et l'ordre public, l'Administration disposant, dans l'intérêt général, de pouvoirs plus étendus que les particuliers. La définition de l'équilibre entre le maintien de l'ordre et la liberté s'opère fatalement au détriment de la stricte

(10) « Précis de droit administratif », 11^e édition 1927 p. 943 note 1.

(11) *Op. cit.*, n° 39.

égalité entre les parties, ce qui suppose une démarche intellectuelle tout à fait différente de celle qui est normalement suivie par le juge judiciaire.

Il n'est d'ailleurs, pour s'en rendre compte, que d'examiner la jurisprudence judiciaire rendue en matière administrative. Tantôt le juge judiciaire applique purement et simplement les solutions du droit privé : M. Bénéoit cite à ce propos des exemples tirés du contentieux des usagers des services publics industriels et commerciaux, des contrats comportant occupation du domaine public, de la responsabilité des instituteurs ; « dans ces deux derniers cas, précise-t-il, des interventions législatives ont été rendues nécessaires à raison du fait que les solutions adoptées ne correspondaient pas aux problèmes posés » (12). Et si parfois, les juges judiciaires appliquent des règles de droit public (13), c'est parce que celles-ci existaient déjà et avaient été élaborées par la juridiction administrative.

Mais il y a plus grave, car, note M. Bénéoit, la compétence judiciaire en matière administrative mènerait très vite « à la disparition de tout contrôle juridictionnel de l'Administration ». Le juge judiciaire, en effet, risque de se laisser entraîner soit par son hostilité ou sa méfiance vis-à-vis de l'Administration, soit plus souvent par son inadaptation à l'égard du contentieux administratif. Puisque juger l'Administration, c'est administrer, le juge judiciaire, mal adapté à cette tâche, aura tendance à adopter une attitude de prudence et de réserve préjudiciable en fin de compte à la protection des libertés. L'exemple anglais ou américain prouverait d'ailleurs que cette hypothèse est loin d'être gratuite (14).

A toutes ces raisons, qui expliquent l'inadaptation du juge judiciaire, s'ajoute un motif plus déterminant encore, tiré de l'intérêt même de ceux dont la liberté a été méconnue.

Par. 2. - Nécessité d'une juridiction spécialisée.

Le contentieux des atteintes aux libertés publiques implique l'existence d'une juridiction spécialisée, lorsque ces atteintes éma-

(12) *Id.*, note 38.

(13) Cf. Cass. Civ. 23 novembre 1956, Trésor public c/ Giry, Bull. II, 407 ; D. 1957 p. 34 concl. Lemoine ; J.C.P. 1956.II.9681 note Esmein ; R.D.P. 1958 p. 298 note Waline ; A.J.D.A. 1957.II.91 chr. Fournier et Braibant.

(14) Cf. BÉNOIT, *op. cit.*, n° 44, et les auteurs cités à la note 42.

nent d'autorités administratives, et l'on sait que ce sont les plus nombreuses. En effet, par définition, ce sont les intérêts des justiciables qui doivent être pris en considération, non ceux du juge. Lorsqu'une violation d'une liberté a été commise, les justiciables sont d'une part les particuliers, les victimes, de l'autre, les autorités administratives. Or, ce que désirent les particuliers, c'est « être défendus contre les abus commis par les autorités administratives et être indemnisés des dommages que peuvent leur causer les collectivités publiques » (15). A priori, ce but leur suffit, pourvu qu'il soit atteint et il leur importe peu d'avoir affaire à tel juge plutôt qu'à tel autre, pourvu que la garantie des libertés soit effectivement assurée.

Les autorités administratives au contraire, si elles acceptent d'être condamnées pour les illégalités commises ou les dommages causés, « veulent toutefois avec force que celui qui les juge tienne compte de la nature et du poids de leur mission, qu'il n'oublie pas qu'elles ont la responsabilité du bon fonctionnement des services publics et qu'elles agissent dans l'intérêt général » (16).

Mais les uns comme les autres ont un intérêt commun : « celui qui découle de l'aspect normatif du rôle du juge, à savoir le fait que le juge est amené à définir les droits respectifs des parties en présence, c'est-à-dire qu'il détermine la nature et le régime exact de leurs rapports. Abstraction faite de toute idée de « gouvernement » des juges, ou même d'arrêt de règlement, et pour s'en tenir au cas du juge qui se limite strictement à son rôle, il est bien évident en effet que ce sont les décisions juridictionnelles qui fixent les contours exacts de tous rapports sociaux » (17).

Le juge est amené à préciser les droits des individus et à délimiter l'action administrative, si bien qu'en définitive sont en question les relations entre les particuliers et l'Administration, c'est-à-dire, en pratique, le déroulement de l'existence quotidienne. Il importe donc au plus haut point que le juge, techniquement, soit capable de définir les rapports nécessaires existant entre les particuliers et l'Administration. S'il néglige les intérêts des victimes, il manque à sa mission fondamentale, et tôt ou tard, le problème sera transposé sur le plan politique ; s'il ne tient pas compte du particularisme de l'activité administrative, on assistera rapidement

(15) BÉNOIT, *op. cit.*, n° 28.

(16) BÉNOIT, n° 28 ; également L. MOUREAU : « Notion et spécificité du contentieux administratif », *Mélanges Dabin*, I, p. 179 et s.

(17) BÉNOIT, *op. cit.*, n° 29.

à une réaction plus ou moins brutale des autorités administratives, et on sait qu'elles n'hésitent pas à avoir recours à différentes pratiques qui enlèvent toute portée au contrôle juridictionnel (cf. ci-dessus).

Malgré le paradoxe apparent de la formule, la protection des libertés publiques implique donc que la spécialité de la fonction administrative soit prise en considération. Dans leurs rapports réciproques, les particuliers sont égaux entre eux, au moins théoriquement, et la mission du juge est simplifiée, en ce sens qu'il doit tendre seulement à réaliser en pratique cette égalité de principe. Très différents apparaissent les litiges auxquels se trouve mêlée une personne administrative, en raison de sa nécessaire position de force à l'égard des individus. Il n'y a plus d'égalité entre les parties et c'est au juge qu'il appartient de définir l'équilibre entre les droits des individus et ceux des autorités administratives, compte tenu de cette différence de nature.

Dès lors le contentieux des atteintes aux libertés revêt un caractère original lorsqu'une autorité administrative y est impliquée. C'est en tant que puissance publique, titulaire de la force armée et de la contrainte, que les autorités de police veillent à la tranquillité, à la sécurité ou à la salubrité publiques. De même, l'Administration est dans une situation totalement différente de celle des particuliers lorsqu'elle accomplit une mission de service public et agit par voie réglementaire, générale et impersonnelle, dans tous les domaines de la vie de la collectivité. L'obligation de fournir des prestations entraîne à son profit l'existence de certaines prérogatives. Bref, la plupart du temps, le caractère spécifique des problèmes qui se posent à propos des relations entre particuliers et Administration impliquera l'existence de solutions elles aussi originales.

Il en est ainsi du problème de la protection des libertés publiques : les solutions du droit privé ne peuvent en principe être retenues, puisque les pouvoirs dont disposent les autorités administratives leur sont conférés pour maintenir ou rétablir l'ordre et assurer le fonctionnement des services publics, tâches que les particuliers ne peuvent remplir et qui caractérisent l'action de l'Administration. En matière de libertés publiques, celle-ci n'agit pas et ne peut pas agir comme un particulier : les rapports individus-autorités administratives sont nécessairement des rapports originaux.

Il en résulte que seul, un juge spécialisé, comme l'est le juge administratif, peut connaître avec le maximum d'effectivité des

violations des libertés commises par les autorités administratives. Tel est le cas en droit français et il est certain que les juridictions administratives défendent les libertés publiques avec une particulière efficacité (cf. 1^{re} Partie). Depuis longtemps, elles ont fait pièce de l'objection selon laquelle elles seraient tentées, par nature, de se montrer partiales en faveur de l'Administration. Toute l'évolution de la jurisprudence administrative s'est faite, en règle générale, dans un sens favorable aux libertés, sauf en certaines circonstances.

D'aucuns ont proposé, il est vrai, plutôt que d'avoir deux ordres de juridictions, ce qui entraîne l'extension du nombre des tribunaux, d'instituer une sorte de « juridiction mixte » à l'intérieur de laquelle les contentieux seraient répartis entre branches spécialisées, en dehors de toute initiative des requérants. L'idée est séduisante et a reçu diverses applications, en particulier dans la plupart des républiques africaines ainsi qu'au Maroc (18). Mais dans ces expériences, la jurisprudence du Conseil d'Etat français est sous-jacente et sert d'exemple et de modèle, ce qui résout bien des difficultés.

En réalité, comme l'a montré M. Benoît, il semble difficile d'admettre que des magistrats d'une chambre spécialisée, au sein d'un ordre de juridiction unique, puissent résoudre aussi efficacement qu'un juge administratif les problèmes soulevés par le contentieux administratif. Car « ou bien ces juges seront recrutés après une formation spéciale, seront constitués en chambres spéciales, avec impossibilité de passer d'une chambre judiciaire à une chambre administrative, et en ce cas ce sera alors une juridiction administrative ; ou bien le recrutement sera identique, avec passage d'une chambre à l'autre, et la solution tombe alors sous le coup de toutes les critiques précédentes » (19). En fait, estime l'auteur, « toute solution de juridiction mixte serait une solution de deuxième type, les nécessités du déroulement des carrières rendant inéluctables les passages d'une chambre à l'autre ». C'est plutôt une solution d'attente qu'un modèle.

Ainsi, l'inadaptation du juge judiciaire, comme les intérêts en présence devant les atteintes aux libertés commises par des autorités administratives, postulent l'existence de juges administratifs

(18) Voir O. RENARD-PAYEN : « L'expérience marocaine d'unité de juridiction et de séparation des contentieux », Paris L.G.D.J. 1962.

(19) *Op. cit.*, n° 49.

spécialisés et indépendants. La seule critique que l'on puisse faire alors porte sur les difficultés que la répartition des compétences ne manquera pas d'entraîner, mais en ce cas, ce n'est plus le principe de l'existence d'une dualité de juridictions qui est en cause, mais seulement ses modalités d'application.

Section II

LES DIFFICULTES DUES AUX MODALITES D'APPLICATION DU PRINCIPE

Tout serait simple si le juge judiciaire connaissait des litiges opposant les particuliers entre eux et le juge administratif de ceux dans lesquels une autorité administrative est impliquée. Tel n'est malheureusement pas le cas, et toute la difficulté naît de cette constatation. La dualité de juridictions a, en pratique, des conséquences néfastes sur l'attitude du requérant, lequel ne sait à quel juge s'adresser. Les inévitables conflits qu'entraîne la répartition des compétences peuvent semer le doute dans son esprit, à moins qu'il ne préfère saisir simultanément les deux ordres de juridictions.

« L'écartèlement du contrôle juridictionnel de l'action administrative entre les deux ordres de juridictions présente de sérieux inconvénients et ne repose sur aucun fondement scientifique », écrit M. P. Weil, et cette critique porte d'autant plus qu'elle s'insère dans un ouvrage de large diffusion (20). « Les défauts du système sont patents », poursuit l'auteur, en les énumérant d'une manière synthétique : « L'importance démesurée prise par les problèmes de frontières, l'effarante complexité des répartitions de compétence, du jeu des questions préjudicielles et de la théorie des actes détachables, l'existence d'impasses à côté de doubles emplois générateurs de contradictions, l'anomalie de l'abandon au juge judiciaire de la partie la plus vivante de l'activité de l'Etat en ces temps d'interventionnisme économique et social : tout cela est trop connu, dit M. Weil, pour que l'on s'y arrête davantage » (21).

(20) « Le droit administratif », *Que sais-je ?*, n° 1152, 1964, p. 122.

(21) *Id.*, pp. 122-123.

Nombreuses en effet sont les difficultés (Par. 1), comme le prouve ce bref et sombre tableau. Mais certaines solutions permettraient peut-être, sinon de les supprimer, du moins de les réduire (Par. 2).

Par. 1. - Les difficultés.

Les difficultés qui naissent en pratique de la dualité de juridictions peuvent être observées à plusieurs points de vue et, dans un article qui a connu un certain retentissement dans les milieux juridiques, M. Groshens les a résumées d'une manière particulièrement suggestive (22).

a) La critique la plus facile concerne « l'effroyable complexité des règles de compétences », affirme cet auteur, et il est certain que ces règles sont loin d'être simples. Les membres du Conseil d'Etat eu-mêmes le reconnaissent : « Tout a été dit, écrivait M. Long en 1955, sur la complexité des règles de compétence » (23). Que l'on songe simplement qu'il n'a pas fallu moins de plusieurs centaines de pages à MM. Auby et Drago pour commenter et clarifier les modalités d'application de la clause générale et des clauses spéciales de compétence (24). De son côté, M. Favoreu a relevé minutieusement les « points critiques dans lesquels le plaideur est privé de protection juridictionnelle » en raison du jeu des règles de compétence concurrentes ou complémentaires (25).

Les conséquences de cette situation sont graves pour la victime d'une atteinte aux libertés publiques, dans la mesure où les deux ordres de juridictions peuvent être appelés à statuer, par exemple, en matière de voie de fait ou d'emprise (cf. 1^{re} partie, titre 2). La plupart du temps, elle ne sait pas, au départ, si elle s'adresse au bon juge, et c'est cette incertitude qui s'avère préjudiciable à la protection des libertés.

b) Il y a plus grave, d'ailleurs, car, relève M. Groshens, « la répartition des compétences, en emportant dislocation du contentieux, a pour effet d'écarter les matières entre les différentes dis-

(22) J.-C. GROSHENS : « Réflexions sur la dualité de juridiction », A.J.D.A. 1963 p. 536.

(23) « Quelques réflexions sur un hommage anglais au Conseil d'Etat », A.J.D.A. 1955.I.60.

(24) « Traité », I, pp. 323 à 617.

(25) *Op. cit.*, p. 345.

ciplines » (op. cit., p. 537). Qui dira assez ce que ces « renvois en cascade » (26), ces « jeux de raquettes » (27), ces « rébus indéchiffrables » (28) ont d'irritant pour la victime ? Il y a risque de renvoi en cascade d'une juridiction à l'autre, écrit un commentateur, chaque fois qu'une autorité administrative « est appelée à prendre une décision présentant le caractère d'une décision administrative sur une question qui, en cas de litige, ressortit à la compétence de l'autorité judiciaire » (29). En 1950, le professeur Fréjaville a montré qu'il fallait parfois au propriétaire intenter trois actions devant le juge administratif et un recours devant le juge judiciaire, pour obtenir l'expulsion d'un locataire appuyé par l'Administration. « Il est de toute évidence, ajoutait-il, qu'en présence de telles complications de compétence et des frais qui en résultent, la plupart des justiciables sont pratiquement obligés de renoncer à leurs droits » (30).

Il est évident que lorsque « les spécialistes respectifs se renvoient alternativement et réciproquement la connaissance (des litiges) comme dans un Fontenoy juridique » (31) — et c'est précisément le cas en matière de polices administrative et judiciaire —, le requérant devient victime à un double titre : victime de l'atteinte à la liberté, victime du retard dans la décision de justice. Les impasses juridiques naissent souvent de ce que le juge ne peut pas connaître de l'ensemble du litige qui lui est soumis.

c) Enfin, « compétence judiciaire ne signifie pas nécessairement droit privé, même si compétence administrative signifie généralement droit public » (32). En d'autres termes, il n'y a pas corrélation nécessaire entre la compétence et le droit applicable ; le juge judiciaire, on le sait, applique parfois les règles du droit public (33). Non seulement le requérant ignore à quel juge il

(26) GAZIER et LONG : « Chronique de jurisprudence administrative », J.C.P. 1953.I.1132.

(27) FOURNIER et COMBARNOUS : « Chronique générale de jurisprudence administrative », A.J.D.A. 1958.II.312.

(28) FAVOREU, *op. cit.*, p. 345.

(29) Note P. L. sous T.C. 19 mai 1958, Demoiselle Albanet, J.C.P. 1958. II.10658.

(30) FRÉJAVILLE : « Complications de compétence et dénis de justice en matière d'expulsions », J.C.P. 1950.I.864.

(31) J. MOREAU : « Police administrative et police judiciaire. Recherche d'un critère de distinction », A.J.D.A. 1963 p. 68.

(32) GROSHENS, *op. cit.*, p. 537.

(33) Cf. Cass. Civ. 23 novembre 1956, Trésor public c/ Giry, précité, note 13, ci-dessus.

doit s'adresser, mais encore il ne sait pas avec certitude, au point de départ, quelles règles juridiques appliquera le juge éventuel. Il en résulte pour lui un risque supplémentaire d'hésitation, qui est d'autant plus grave qu'à l'époque contemporaine, le juge judiciaire est appelé à connaître de la plupart des interventions économiques de l'Etat ou des collectivités publiques (constitution de sociétés, contrats de différents types, suggestions, directives, incitations). M. Groshens a pu ainsi affirmer que « l'élément le plus caractéristique et peut-être le plus important de notre société est négligé par le juge administratif, qui consacre une trop grande partie de son temps à raffiner la jurisprudence relative aux emplois réservés, aux pensions et aux problèmes de ces modestes incarnations de la loi que sont les garde-champêtres. Le juge administratif abandonne au juge judiciaire les problèmes d'intendance... qui ne sont pourtant pas négligeables à l'ère de la démocratie industrielle » (34). Quels que soient les efforts tentés actuellement par le Conseil d'Etat, il faut convenir avec le Commissaire du Gouvernement Braibant, qu'en cette matière « il est bien difficile de déterminer quelle est la règle et quelle est l'exception » (35). Là encore, l'incertitude est source de limitation de la protection des libertés sur le plan économique et cet élément s'ajoute aux constatations déjà faites ci-dessus.

Tels sont les arguments sur lesquels se fondent certains pour mettre en cause la dualité de juridictions elle-même, et on doit admettre qu'ils ne manquent pas de poids. La protection des libertés publiques souffre incontestablement de cette séparation entre juridiction judiciaire et juridiction administrative. Nombre de violations des libertés restent impunies parce que les victimes reculent devant la complication issue de la répartition des règles de compétences. Mais pour fondées qu'elles soient en pratique, ces critiques ne semblent pas insurmontables cependant, car il est possible de dégager une solution qui se conjugue avec la nécessité de l'existence d'une dualité de juridictions.

Par. 2. - Recherche d'un élément de solution.

a) *Portée exacte des critiques.*

Il convient tout d'abord de ramener ces critiques à de plus justes proportions. Certes, du fait même qu'existent deux ordres

(34) *Op. cit.*, p. 537.

(35) Concl. sous C.E. 10 mai 1963, Société coopérative de production « La Prospérité fermière », R.D.P. 1963 p. 593.

de juridictions, des difficultés naîtront nécessairement dans la répartition des compétences. Toute frontière est génératrice de revendications. Mais ce qui compte ici, ce ne sont pas tant les règles qui régissent le partage de compétences que le nombre de cas de litiges portant sur la compétence. Une juste vision des choses impose ici un point de vue quantitatif et non qualitatif. « La question, écrit M. Benoît, n'est pas de savoir s'il faut aux professeurs une ou cent pages pour exposer les règles sur la répartition des compétences. Elle est de savoir combien il y a de litiges sur la compétence — justifiés par autre chose que l'ignorance de règles élémentaires — pour cent recours dirigés contre l'Administration. Ce nombre est en réalité infime » (36).

Cette opinion se trouve étayée par celles des praticiens, et en particulier les membres de tribunaux administratifs : « Nous sommes persuadés, affirme M. Paulin, Conseiller au Tribunal administratif de Clermont-Ferrand, que sur cent affaires, un tribunal administratif n'en trouve pas plus de cinq ou six qui posent un problème de compétence, dont deux un problème difficile » (37). De même, selon le président Letourneur, qui, entre autres fonctions, fut longtemps Commissaire du Gouvernement au Tribunal des Conflits, sur cent affaires soumises au régulateur des compétences, trois ou quatre seulement posent un problème sérieux de délimitation de compétences ; les autres sont résolues sans la moindre difficulté.

Dès lors, le choix est simple : il consiste à mettre en balance les difficultés de compétence réellement constatées et les avantages que l'on retire de l'existence d'une juridiction administrative. « Il faut choisir, dit M. Benoît, entre l'unité de juridiction avec absence de droit administratif valable, ou la dualité des juridictions, assortie de quelques difficultés de compétence mais source d'un droit administratif efficace : le choix est à faire entre l'inefficacité dans la simplicité et l'efficacité assortie d'une certaine complexité ». Dans ces conditions, ramenées à leur juste mesure, les difficultés de compétence ne méritent pas que soient remis en cause les avantages tirés de l'existence d'une juridiction administrative spécialisée. Ceux-ci étant supérieurs, malgré les litiges sur la compétence, à ceux qui résulteraient de l'unité de juridiction sans difficultés de compétence, le choix s'impose de lui-même.

(36) *Op. cit.*, n° 47.

(37) « Plaidoyer pour les tribunaux administratifs », A.J.D.A. 1964 p. 31 note 2.

Le problème cependant, n'est pas résolu pour autant car, quoique réduites, les difficultés de compétence subsistent et c'est le cas précisément en matière d'atteintes aux libertés et plus particulièrement de voie de fait ou d'emprise. Quel que soit leur nombre, la seule existence de ces difficultés peut empêcher le requérant, au moment où il intente son action, de savoir avec certitude vers quelle juridiction s'adresser. C'est ce doute qui doit être levé pour que disparaisse une des limites à la protection des libertés par le contrôle juridictionnel. Il faut donc supprimer, non la dualité de juridictions, mais les difficultés de compétence.

b) Raisons de la solution.

Pour que ce résultat soit atteint, deux constatations s'imposent, qui constitueront d'ailleurs les motifs de la solution proposée. En premier lieu, le juge administratif assure mieux, et en tout cas aussi bien, que le juge judiciaire la protection des droits et libertés de l'individu. Mieux adapté et plus audacieux, il a prouvé qu'il était devenu le gardien naturel des libertés publiques, comme on l'a vu en première partie. Il en résulte, en particulier, que la compétence judiciaire en cas de voie de fait n'a plus de raison d'être et comporte plus d'inconvénients que d'avantages pour la victime.

D'autre part et surtout, le juge judiciaire, lorsqu'il statue en matière administrative, applique fort souvent les règles du droit administratif. Il en est ainsi lorsqu'il se prononce sur la responsabilité de l'Etat du fait de ses services judiciaires, la Cour de Cassation affirmant que c'est à tort qu'une juridiction inférieure s'est fondée « sur les dispositions de droit privé relatives aux délits et quasi-délits qui ne peuvent être invoquées pour fonder la responsabilité de l'Etat ; elle avait en revanche le pouvoir et le devoir de se référer, en l'espèce, aux règles du droit public » (38).

Il en va de même en bien d'autres domaines, le juge judiciaire appliquant les règles du droit public et se référant à la jurisprudence administrative pour apprécier la validité d'un règlement de police, Chambre Criminelle de la Cour de Cassation et Conseil d'Etat utilisant les mêmes principes ; pour se prononcer sur la régularité d'un acte constituant une voie de fait ; pour répartir

(38) Cass. Cic. 23 novembre 1956, Trésor public c/ Giry, précité ; même solution dans : Trib. civ. Lyon 20 novembre 1961, J.C.P. 1962.II.12360 note Vedel, et C.A. Lyon 28 novembre 1962, G.P. 1963.II.195.

la charge de l'indemnité entre l'Administration et l'agent, en retenant la distinction entre faute personnelle et faute de service ; pour décider de la licéité d'une grève intervenant dans un service public... Bref, lorsqu'une liberté publique est en cause et qu'une autorité administrative est concernée, la plupart du temps, le juge judiciaire tranche le litige par référence au droit public et aux règles de droit administratif. Pourquoi, dans ces conditions, ne pas confier au juge administratif la connaissance de ces litiges ?

c) *Solution proposée.*

Telle serait, semble-t-il, la meilleure solution pour résoudre les difficultés dans la répartition des compétences entre les deux ordres de juridictions. On appliquerait alors, sur le plan technique et pratique, le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, lequel s'énoncerait de la manière suivante :

— compétence exclusive du juge judiciaire pour connaître des atteintes aux libertés émanant des particuliers ;

— compétence exclusive du juge administratif pour connaître des atteintes aux libertés émanant des autorités administratives.

En outre seraient conférés au juge administratif tous les pouvoirs dont dispose actuellement le juge judiciaire, en particulier la possibilité de prononcer des injonctions et des astreintes. Disposant de tels pouvoirs, le juge administratif, et surtout le juge des référés, se montreraient des protecteurs vraiment efficaces des libertés publiques. En tout cas, la victime saurait enfin à quel juge s'adresser ; les deux juges disposant l'un et l'autre de prérogatives identiques, tout risque d'hésitation quant au résultat concret et tangible serait écarté.

Sans doute une telle conception est-elle encore prématurée, bien qu'elle ait déjà les faveurs d'une partie de la doctrine (39) ; sans doute aussi toute difficulté ne serait-elle pas résolue « ipso facto », ce serait trop simple. Outre l'absence d'opposition du juge judiciaire, cette solution supposerait précisée avec certitude la notion « d'autorité administrative » qui, aujourd'hui encore, est source de conflits. Mais ce ne seraient là que des problèmes d'aménagement du principe et, du seul point de vue qui puisse compter

(39) Cf. WEIL : « Le droit administratif », Q.S.J. pp. 122 et s. ; du même auteur, note sous C.E. 15 février 1961, Werquin, D. 1961 p. 612.

ici, celui des victimes, les avantages pratiques qu'elles retireraient de la reconnaissance de ce « bloc de compétence » seraient de beaucoup supérieurs aux difficultés que pourrait faire naître son application, et à celles qu'entraîne actuellement la complexité des règles de répartition des compétences.

En tout état de cause cependant, aucune réforme, quelle qu'elle soit, ne saurait faire disparaître une limite particulière de la protection des libertés, tenant à la nature même de l'organe judiciaire.

*
* *

CHAPITRE III

LES LIMITES TENANT A L'ORGANE JURIDICTIONNEL

Affirmer que par nature, l'organe juridictionnel constitue une limite à la protection des libertés peut paraître surprenant, de prime abord, puisqu'il n'existe que pour réaliser la garantie des droits et libertés des individus. Mais, s'il est vrai que la Justice passe, elle ne peut « passer » que par l'intermédiaire de juges, c'est-à-dire d'hommes, avec leur tempérament, leur caractère, leurs réactions et leurs faiblesses. En ce sens, la personne même du juge influe sur l'exercice du contrôle juridictionnel et c'est sous cet aspect seulement que l'organe juridictionnel sera évoqué dans le cadre de cette étude.

Si l'on peut parler de certaines limites dues à l'organe qui exerce le contrôle, c'est à la fois pour des raisons d'ordre institutionnel (Section I), sociologique (Section II) et politique (Section III), qui expliquent, de la part du juge, un certain « conservatisme », c'est-à-dire un rôle conservateur et modérateur.

Section I

RAISONS D'ORDRE INSTITUTIONNEL

Par définition, le juge ne peut statuer que lorsqu'il est saisi, et intervient « a posteriori ». Or, en matière de libertés publiques, cela signifie qu'il exerce son contrôle après que la violation de la liberté ait été commise ; c'est cette violation qui sera à l'origine de la saisine de la juridiction.

Mais, considéré en lui-même, l'exercice d'un droit ou d'une liberté est une chose originale et unique, une chance qui ne présen-

tera qu'une fois et ne se reproduira plus jamais. Lui porter atteinte ou la méconnaître, c'est lui donner un coup fatal et, en quelque sorte, irréparable. Cela est vrai non seulement de la liberté de la presse (saisie de journaux et d'imprimés), du droit de grève, de la liberté de réunion ou d'association, libertés dont l'exercice est directement lié aux événements, mais de toute liberté, quelle qu'elle soit : liberté du domicile, de la correspondance, liberté d'aller et venir, liberté de conscience et d'opinion, sûreté individuelle, bref toutes les manifestations de la liberté de l'individu.

De cette situation, le juge n'est évidemment pas responsable, et d'ailleurs son rôle s'avère indispensable et remarquablement efficace, dans la mesure où la sanction de la violation d'une liberté empêche dans l'avenir que de nouvelles atteintes lui soient portées, la censure du juge servant d'exemple et ayant un aspect normatif, préservatif et protecteur indéniable. Mais, en soi, la réparation ne pourra jamais compenser l'exercice de la liberté et l'on relève ici une sorte de contradiction interne dans le contrôle juridictionnel.

En effet, en ce qui concerne la liberté, le régime répressif, dans lequel l'individu est libre d'agir comme il l'entend, quitte à répondre de ses actes lorsqu'ils ne sont pas conformes au droit, est préférable au régime préventif, par lequel l'autorité administrative impose à titre préventif diverses obligations aux individus, pour empêcher les actes contraires au droit. Le juge intervient alors « a posteriori » pour sanctionner le mauvais usage de la liberté.

Par contre, si l'on envisage la question du point de vue des atteintes aux libertés, le régime préventif prend le pas sur le régime répressif : il est préférable d'agir avant que la violation ne soit commise, la liberté étant alors parfaitement sauvegardée.

Il faudrait donc que le juge puisse intervenir à la fois à titre répressif pour permettre l'exercice de la liberté et à titre préventif, pour empêcher sa violation, ce qui n'est évidemment pas possible, ces contrôles s'excluant l'un l'autre. C'est pourquoi le contrôle juridictionnel comporte une limite en lui-même, en raison de sa nature ; il sera nécessaire de lui adjoindre certaines procédures non contentieuses qui le compléteront et entraîneront une diminution des cas de violations des libertés. En matière de conflits collectifs du travail, la meilleure solution consiste à empêcher que la grève ne soit déclenchée ; de même en ce qui concerne l'exercice des libertés publiques en général, le meilleur remède serait d'éviter que des atteintes ne leur soient portées. Il semble

difficile que le juge puisse y parvenir à lui seul, car à ces raisons tenant à la nature même du contrôle juridictionnel s'ajoutent des considérations d'ordre sociologique qui sont parfois la cause d'une certaine timidité de la part du juge.

Section II

RAISONS D'ORDRE SOCIOLOGIQUE

Tout homme est issu d'un certain milieu, qui exerce une influence, indirecte peut-être, mais néanmoins certaine, sur sa formation intellectuelle, son comportement et ses réactions, bref sur sa manière de vivre et d'agir. Les juges n'échappent pas à cette règle inhérente à la nature humaine et il y aurait certainement là matière à une étude très intéressante, et probablement très révélatrice, de l'incidence du contexte social dans lequel gravitent les juges sur l'exercice du contrôle juridictionnel. L'origine sociologique du juge s'ajoute en effet à la nature de la fonction juridictionnelle pour conférer à la jurisprudence un caractère conservateur qui a de grands avantages, mais aussi quelques inconvénients.

Par. 1. - La fonction juridictionnelle.

La fonction juridictionnelle s'exerce dans un sens modérateur car non seulement le juge statue « *a posteriori* » ce qui, en soi, constitue un élément d'apaisement et de frein, mais encore il applique des règles juridiques préexistantes et bien établies ; il se prononce par référence à un ordre juridique stable et cohérent. Il a donc tendance à se montrer sinon hostile, du moins méfiant, à l'égard de toute innovation, ce qui contribue à la continuité et à la stabilité du droit, mais ce qui peut aussi freiner son progrès. Or, il y a toujours et inévitablement un certain retard, un décalage, entre le fait et le droit, c'est-à-dire entre la réalité concrète et sa reconnaissance en termes juridiques pour aboutir à la règle de droit.

Il en résulte que le juge a tendance à ne s'incliner devant l'évolution qu'au bout d'un certain temps, et à reconnaître certaines formes de libertés bien après que l'opinion publique ou même les autorités gouvernementales les aient consacrées. Entre temps, son interprétation continuera à être fonction de la règle préexistantes, et du climat juridique antérieur. C'est là, semble-t-il, une des explications possibles de la jurisprudence du Conseil d'Etat au début de ce siècle, en matière religieuse, ou après la seconde guerre mondiale, en matière de droit de grève.

Mais le domaine du socialisme municipal constitue l'illustration la plus typique de cette démarche du juge. Les décrets-lois de novembre et décembre 1926 visaient manifestement à faciliter le développement des interventions économiques des communes et à favoriser leur extension. Or, il a fallu attendre sept années avant que le Conseil d'Etat ne les applique dans le sens voulu par leurs auteurs. Dans l'arrêt du 30 mai 1930 « Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers » (1), il avait fait application de sa jurisprudence restrictive traditionnelle, et les conclusions du Commissaire du Gouvernement Josse sont révélatrices de l'attitude de la Haute Juridiction à cette époque : « D'une part, déclarait-il, l'idée que les auteurs du décret se sont fait de notre jurisprudence n'était peut-être pas très exacte... D'autre part, et surtout, quels que soient les désirs des rédacteurs du décret, les textes ne permettent pas de conclure à une modification profonde des principes déjà posés par vous... L'expression « services d'intérêt public » est la confirmation éclatante de l'œuvre jurisprudentielle. Donc, d'après le texte même, dans tous les domaines énumérés par les décrets, l'intervention municipale ne sera légale que si un intérêt public la rend légitime... Que l'intérêt public puisse être entendu plus largement qu'autrefois, d'accord, mais nous sommes fondés à conclure que les décrets de 1926 ne dérogent pas aux principes ».

On voit bien, dès lors, le raisonnement suivi par le Commissaire du Gouvernement : les auteurs du texte ont mal interprété notre jurisprudence et n'ont pas pu vouloir dire le contraire de celle-ci ; donc ils se sont mal exprimés et nous revenons à notre jurisprudence traditionnelle. Il a fallu attendre les arrêts « Lavabre » (2) et surtout « Zénard » (3) pour que le Conseil d'Etat assouplisse enfin sa jurisprudence et interprète les textes dans leur sens véritable, mais alors il suivait en cela « l'évolution économique et l'évolution générale de l'esprit public à l'égard des interventions des communes » (4).

Certes, on touche ici à l'aspect fonctionnel du contrôle juridictionnel, mais en l'occurrence, il est impossible de dissocier les points de vue organique et fonctionnel. Le juge se place dans l'organisation d'un système juridique issu lui-même de l'organisation

(1) Rec. p. 583 ; S. 1931.3.73, concl. Josse, note Alibert ; R.D.P. 1930 p. 530 concl. Josse.

(2) C.E. 23 juin 1933, Rec. p. 677.

(3) C.E. 24 novembre 1933, Rec. p. 1100.

(4) LONG, WEIL et BRAIBANT, Commentaire de l'arrêt « Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers », G.A.J.A. 1965 n° 52 p. 201.

de la société. Son existence et sa place sont liées à un « donné construit » dont il ne peut pas ne pas tenir compte. L'organe et la fonction sont indissolublement unis et ont l'un sur l'autre une influence réciproque. Cela est si vrai d'ailleurs que l'origine sociale du juge intervient pour accuser le caractère conservateur de l'organe juridictionnel.

Par. 2. - L'origine sociale des magistrats.

Se livrer à des recherches sur l'origine sociale des magistrats n'est pas chose facile : on se heurte bien souvent à des fins de non-recevoir ou à des silences courtois, mais qui en disent long sur la surprise ou la gêne qu'une telle question évoque chez ceux des intéressés qui pourraient fournir des renseignements. Si l'on ajoute à cela que les résultats éventuels doivent être interprétés avec la plus grande prudence en raison de leur incertitude, on conçoit qu'il faille se borner, en ce domaine, à quelques remarques générales.

Néanmoins, il ressort, d'une observation sommaire, que par son origine le juge s'avère être un organe de conservation sociale, un juge de classe. En général, il est issu des classes moyennes ou de la petite bourgeoisie, qui bien souvent ont peiné pour parvenir à leur situation et ne veulent pas que tout soit remis constamment en cause et, en tout cas, désirent profiter des avantages acquis. Hostiles à tout changement brutal et à plus forte raison à toute révolution, de tels milieux, à l'époque contemporaine, sont par essence conservateurs et respectueux de l'ordre établi. Or, l'étude du droit rend conservateur ou, du moins, prédispose à le devenir, puisque le droit a pour but non d'anticiper, mais de clarifier, de classer, de maintenir un certain ordre. Les convictions du juge s'ajouteront donc ici à la nature même du droit pour engendrer une sorte de traditionnalisme ou de conservatisme qui influe indirectement sur le contrôle juridictionnel.

D'après une enquête effectuée en 1960 et publiée dans une brochure à large diffusion (5), le recrutement social des magistrats de l'ordre judiciaire était à cette date le suivant :

(5) Georges VERPRAET : « Le nouveau visage de la magistrature », publié par le Bureau universitaire de statistique et de documentation scolaires et professionnelles du Ministère de l'Education nationale.

ANNÉES DE NAISSANCE

Profession paternelle	Avant 1880	1881 à 1890	1891 à 1900	1901 à 1910	1911 à 1920	1921 à 1930	Après 1-1-1931	TOTAL
Pères décédés . . .	6	20	46	70	49	43	5	239
Sans profession ou profession incon- nue								
Magistrats	2	9	19	37	20	6	5	93
Professions judi- ciaires	3	8	16	27	20	21	9	104
Enseignement . . .	1	9	33	43	26	13	5	130
Professions mili- taires	1	5	13	23	25	18	3	87
Professions médi- cales	2	6	5	19	23	17	3	72
Fonctionnaires . . .	2	3	14	12	17	9	1	56
Commerce	2	2	18	58	26	42	7	153
Industrie	1	4	11	28	33	36	4	117
Banques et assu- rances	1	3	7	6	10	4	4	30
Ouvriers	2	1	10	13	12	20	2	60
Monde rural	2	1	10	2	1	5	2	8
Ministres du culte .	2	4	19	26	17	11	1	80
Ministres du culte .			1	1	2	11	1	4
Nombre total de magistrats	19	74	212	365	281	245	37	1233

Plus de la moitié des juges judiciaires sont issus des classes dites moyennes : milieux enseignants, fonctionnaires, magistrats, petite bourgeoisie, milieux militaires ou médicaux. Si le commerce et le monde rural sont bien représentés (en raison probablement de l'attrait des juridictions spécialisées), en revanche le monde ouvrier est à peu près inexistant. Il y a là une différence très importante avec la composition sociale de l'ensemble de la Nation et certainement un élément d'explication au fait que, si le juge judiciaire sait défendre les droits des salariés sur le plan juridique (cf. 1^{re} partie), il se montre beaucoup plus réservé dès qu'est abordé le domaine économique. Les mythes de l'économie libérale, du « patron » chef d'entreprise, seul juge du comportement à adopter, même à l'égard de ses salariés, du rendement, des risques assumés, tout cela reste très vivace pour les classes moyennes.

D'autre part, plus des deux tiers des magistrats sont nés entre 1891 et 1920 et ont entre 50 et 70 ans. Leur formation juridique remonte à 30 ou 40 ans, soit à une époque totalement révolue aujourd'hui, ce qui nécessite de leur part un très difficile et constant effort d'adaptation (6), et là encore explique une certaine tendance conservatrice.

Sur ce point, la même remarque peut être faite à propos des membres du Conseil d'Etat : la plupart ont entre 50 et 70 ans, ce qui constitue un gage d'expérience, de sagesse et de sérénité mais peut, à l'occasion, avec d'autres éléments, contribuer à une certaine lenteur dans l'évolution. Cette lenteur se révèle salutaire lorsqu'il s'avère qu'une trop grande précipitation ou l'évolution même des événements porterait atteinte aux libertés : ainsi en est-il du rôle joué par le Conseil d'Etat au début de ce siècle en matière de liberté religieuse, liberté de conscience ou liberté d'enseignement. Elle peut l'être moins lorsque l'évolution intervient dans un sens favorable aux libertés : ainsi de la liberté du commerce et de l'industrie, du droit de grève et, en général, des libertés de la personne sociale.

Par ailleurs, l'apport d'un sang nouveau par l'arrivée de jeunes auditeurs sortant de l'Ecole Nationale d'Administration est très profitable, mais ne semble pas cependant devoir être de nature à renouveler la Haute Juridiction. Dix à quinze d'entre eux seulement par promotion, pénétreront au Palais Royal, après une sélection sévère et en fonction de leur rang de classement, les meilleurs seuls pouvant prétendre entrer au Conseil d'Etat. Mais là encore, outre le fait qu'il s'agit d'une consécration, l'origine sociale des élèves de l'Ecole Nationale d'Administration est révélatrice. La voici, d'après un classement effectué depuis 1952 et publié dans la revue « Promotions » (n° 75, 4^{me} trimestre 1965, p. 99) :

(6) Ou, si l'on veut, de « recyclage », pour employer la terminologie actuelle.

	1952	1953	1954	1955	1956	1957	1958	1959	1960	1961	1962	1963	1964
Catégorie A 1 (emplois de directeurs ou assimilés) . . .	5	4	3	5	4	4	5	5	7	4	10	10	5
Catégorie A 2 . . .	23	26	17	10	14	16	15	7	9	18	15	12	15
Catégorie B . . .	14	8	7	6	6	2	5	5	3	5	4	2	3
Catégorie C . . .	4	0	2	3	2	0	1	2	3	0	3	2	2
Catégorie D . . .	4	1	0	1	0	0	1	0	1	0	1	0	0
Artisans et commerçants . . .	17	12	10	7	7	6	10	2	5	5	7	10	10
Chefs d'entreprise (industrie) . . .	7	3	2	2	4	1	3	3	2	4	6	2	0
Employés de commerce et d'industrie cadres	22	16	17	10	9	16	8	18	10	15	13	24	13
— id. — emplois subalternes . .	8	3	7	7	3	5	2	6	3	10	7	11	10
Agents de maîtrise	1	0	1	1	1	0	0	0	0	0	0	1	0
Ouvriers	0	2	3	4	4	2	1	1	0	1	1	0	2
Professions libérales	10	14	7	5	5	7	5	6	9	11	22	15	15
Cultivateurs	5	4	3	1	1	0	3	4	5	4	2	3	4
Rentiers, propriétaires, sans profession	6	2	1	1	0	1	1	1	3	1	2	1	1
Professions non indiquées . . .	3	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
	129	95	80	63	60	60	60	60	60	78	93	93	81

Sans opérer de déductions hâtives, on peut néanmoins remarquer, les chiffres parlant d'eux-mêmes, que le monde ouvrier n'est pratiquement pas représenté (de 0 à 2 %) et le monde rural à peine davantage (de 0 à 4 %). En revanche, la plus forte proportion d'élèves est issue, là encore, des classes supérieures et moyennes : fonctionnaires du cadre A, cadres du commerce et de l'industrie, professions libérales. De plus, ce classement est effectué compte tenu des deux concours d'entrée ; or, depuis plusieurs années, aucun élève issu du second concours, réservé aux fonctionnaires (ceux-ci étant en général d'origine plus modeste) n'est entré au Conseil d'Etat. Tout ceci laisse à penser que le renouvellement escompté sera peut-être plus long à se produire qu'on ne le prévoyait.

Ainsi, l'origine sociale des juges se conjugue à la nature même du contrôle juridictionnel pour créer ou tout au moins accentuer, certaines tendances conservatrices ou modératrices, rendues par ailleurs inévitables en raison d'un certain état de dépendance dans lesquels se trouvent les juges vis-à-vis du pouvoir politique.

Section III

RAISONS D'ORDRE POLITIQUE

Du fait même que son action s'exerce dans une société donnée, le juge est incorporé dans un système politique. Le pouvoir judiciaire est « inclus » dans un ensemble d'institutions et se trouve nécessairement en relations avec le pouvoir politique, le pouvoir administratif, le pouvoir militaire... C'est là une idée que la doctrine ne s'est pas fait faute de développer (7), et que l'on n'enviagera que du seul point de vue de la protection des libertés publiques.

(7) Voir G. LAVAU : « Le juge et le pouvoir politique », in « La Justice », Centre de sciences politiques de l'Institut d'études juridiques de Nice, Bibl. des centres d'études supérieures spécialisées, Vol. VII, P.U.F. 1961.

— P. WEIL : « Le Conseil d'Etat statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique », Annales de la Faculté d'Aix-Marseille, 1959.

— O. DUPEYROUX : « La jurisprudence, source abusive du droit », Mélanges Maury, II, 349.

— J.-C. GROSHENS, *op. cit.*, p. 539.

« Le pouvoir politique, dit M. Lavau, a besoin du juge, qui lui donne le sacre de la légitimité » (8), mais en même temps, il « a toujours eu souci de cantonner la fonction juridictionnelle à un plan technique (donc limité), à la refouler dès qu'il aperçoit chez le juge la tentation de le supplanter ou de lui contester — même à propos de cas singuliers — sa prééminence » (9).

De cette dépendance du pouvoir judiciaire, conséquence nécessaire de la prééminence du pouvoir politique, naît toute la difficulté pratique de la garantie des libertés publiques par le contrôle juridictionnel. Autant sur le plan des principes le juge est indépendant et exerce un contrôle efficace et très poussé sur les actes portant atteinte aux libertés (1^{re} partie), autant il est démuné lorsqu'il s'agit de faire passer ces principes dans la réalité, car il se trouve devant un pouvoir politique qui veut faire de lui « soit un complice ou un agent totalement subordonné, soit un contre-pouvoir qui le nie ou le limite » (10). Cette dernière situation n'est pas meilleure que l'autre, car en cas de conflit, le pouvoir politique, qui est le plus fort, l'emportera nécessairement. Plutôt que d'entamer une épreuve de force qui le mènerait à sa perte ou à sa disparition, le juge préférera alors renoncer et admettre, au moins en partie, le point de vue de l'autorité gouvernementale ou administrative. Ainsi s'explique le renversement de présomption que l'on a observé en période exceptionnelle ou en temps de crise, la présomption s'exerçant dans un sens favorable non à l'exercice de la liberté, mais au maintien de l'ordre, c'est-à-dire à l'action administrative.

En d'autres termes, il est certains domaines ou certaines périodes dans lesquels, sous peine de se suicider, le juge est obligé, non certes d'abdiquer, mais d'exercer un contrôle plus réduit et, en quelque sorte, de « s'incliner » devant le pouvoir politique. Cette attitude est d'ailleurs à peu près inévitable et on ne saurait la lui reprocher car, en raison des circonstances, le bon sens et la survie des institutions imposent une plus grande souplesse dans les rapports entre pouvoir politique et pouvoir judiciaire.

Au surplus, on a vu que le pouvoir politique n'hésite pas, en certaines occasions, à écarter le contrôle juridictionnel ou à lui enlever toute portée. Les raisons de cette hostilité, qui, en tant

(8) *Op. cit.*, p. 62.

(9) *Id.*

(10) *Id.*, p. 63.

que telle, se montre préjudiciable aux libertés, sont de différents ordres.

1) On retrouve tout d'abord des raisons sociologiques, concernant cette fois, non plus le juge pris isolément, mais les forces sociales de la Nation. A cet égard, il suffit d'évoquer, avec M. Lavau, « les préventions et les susceptibilités de certains secteurs de l'Administration active à l'égard du Conseil d'Etat français, l'esprit de corps des militaires méfiants envers les juges de droit commun procéduriers et formalistes, l'état d'esprit soupçonneux des milieux parlementaires à l'encontre des juristes (qu'il s'agisse des juges ou des « savants professeurs ») » (11). Ces observations en appellent une autre, de portée plus générale : « toute force sociale qui, en fait, tend à s'arroger un rôle politique dans un Etat tend à écarter la compétence du juge, parce que celui-ci est un obstacle à son emprise et risque de s'opposer aux desseins politiques de cette force » (12). Les rivalités entre forces sociales limitent la portée du contrôle juridictionnel, car le juge ne peut pratiquement pas s'y opposer ; il doit s'incliner lorsque les résultats de l'action de certains groupes ont des incidences sur le plan institutionnel. M. Lavau illustre cette idée en invoquant l'exemple de l'armée qui « a réussi à obtenir du législateur que les tribunaux militaires soient substitués aux tribunaux répressifs ordinaires, non plus seulement pour les affaires disciplinaires, mais encore pour des crimes politiques ». C'est là un recul de la garantie de la liberté individuelle que le juge de droit commun est obligé d'accepter.

2) A ces arguments sociologiques s'ajoute une raison de principe, tirée de l'absence de représentativité des juges. Ils exercent une fonction technique et sont à peu près irresponsables ; le pouvoir politique au contraire, est représentatif et se trouve responsable devant le peuple ce qui, sous cet aspect, lui donne une autorité qui fait défaut au juge.

3) Mais les raisons les plus péremptoires sont d'ordre pratique, et l'on rejoint alors en l'approfondissant l'argument circonstanciel avancé ci-dessus. M. Lavau a mis en relief avec une particulière netteté cet aspect de la question. Par sa fonction, le pouvoir politique est essentiellement empirique : il s'exerce au jour le jour et doit faire face aux problèmes posés par la réalité quoti-

(11) *Op. cit.*, p. 65.

(12) *Id.*

dienne. « Le pouvoir politique va de l'avant, innove, improvise, dit M. Lavau. Il est, par nécessité, toujours plus ou moins empirique car il doit trouver une solution. Il est parfois placé devant des circonstances qui ne lui permettent ni d'attendre (l'urgence est le temps politique par excellence), ni de se tenir toujours dans des cadres pré-établis, ni d'être rigoureusement impartial » (13). Une censure trop sévère de la part du juge empêcherait la satisfaction de besoins urgents et impérieux et paralyserait la nécessaire action du pouvoir politique.

On en arrive ainsi à une constatation essentielle, particulièrement en ce qui regarde la garantie des libertés publiques : à partir d'un certain niveau, d'un certain « seuil », le pouvoir politique n'admet plus le contrôle juridictionnel. « Tout pouvoir politique, si libéral soit-il, a un seuil de tolérance au contrôle juridictionnel » (14). L'arrêt « Canal » du 19 octobre 1962 et la loi du 15 janvier 1963 illustrent d'une manière typique cette affirmation.

Bien entendu, la limite de ce « seuil de tolérance » est extrêmement variable. Elle varie, tout d'abord, selon les circonstances, normales ou exceptionnelles, selon l'importance et la portée des actes soumis au contrôle, « selon la conscience que la communauté a de la valeur de ses règles juridiques et du caractère pressant des circonstances » (15). Elle varie aussi selon « la popularité et le prestige respectifs du juge et de ceux qui, dans les circonstances du moment, incarnent le pouvoir politique ». Elle varie enfin en fonction de « la portée pratique du contrôle que le juge peut exercer ». Si le contrôle des actes de police administrative est aussi fouillé, aussi profond et aboutit à réduire de beaucoup le pouvoir discrétionnaire des autorités de police, c'est parce qu'il s'agit d'un « contrôle "a posteriori" » qui ne gêne pas immédiatement l'Administration ; aussi le pouvoir politique le tolère-t-il même si les décisions du Conseil d'Etat ont une portée politique » (16). Au contraire, en période exceptionnelle ou de crise, même un contrôle « a posteriori » peut, en raison de l'instabilité circonstancielle, causer une gêne immédiate à l'autorité administrative. Là encore, on trouve un élément d'explication à l'inversion de la présomption appliquée par le juge administratif, dans son contrôle des

(13) *Op. cit.*, p. 66.

(14) *Id.*, p. 66.

(15) *Id.*

(16) *Id.*, p. 67.

atteintes aux libertés publiques. Le juge sent comme d'instinct jusqu'où il peut aller et s'arrête même en deçà du point critique. Par sa seule existence, il est inclus dans un système politique et doit nécessairement tenir compte de cette situation.

De son côté, lorsqu'il estime atteint le seuil de tolérance, le pouvoir politique s'ingénie à réduire les pouvoirs du juge ou la portée de son contrôle. Il a alors recours à certaines pratiques dont l'étude a été effectuée plus haut (2^{me} partie, titre 1) et qui, compte tenu de cette recherche sur leur fondement, apparaissent alors sous leur jour véritable : création de tribunaux d'exception, plus accessibles à des considérations d'ordre politique (Haut Tribunal militaire, Cour de Justice, Cour de sûreté de l'Etat) que les juridictions de droit commun, qui se voient amputées d'une partie de leurs compétences ; violation de l'autorité de la chose jugée, par inertie, silence, refus d'exécution, prise de décisions identiques ; validations législatives, privant de portée réelle la décision de justice...

Contre cette situation, le juge a essayé de réagir autant qu'il le pouvait, et il y est quelquefois parvenu avec bonheur, particulièrement en faisant appel aux principes généraux du droit (cf. 1^{re} partie). On rappellera simplement la jurisprudence « Dame Lamotte » selon laquelle le recours pour excès de pouvoir n'est pas visé par une disposition législative formelle stipulant qu'« aucun recours administratif ou judiciaire » ne sera possible, ou la jurisprudence « Barel » marquant nettement le refus du juge d'admettre que le pouvoir discrétionnaire puisse justifier l'absence de contrôle juridictionnel sur des actes instituant des discriminations pour des motifs politiques.

Conclusion

Pour méritoires que soient ces efforts déployés par le juge sur le plan juridique pour relever le seuil de tolérance, il n'en reste pas moins que sa nécessaire inclusion dans un système politique le place, en pratique, et à son corps défendant, dans un certain état de dépendance à l'égard du pouvoir politique. De cette constatation de fait, on est bien obligé de tenir compte lorsqu'on examine la valeur du contrôle juridictionnel en tant que garantie des libertés publiques. En cette matière tout se tient, et les limites de l'œuvre jurisprudentielle s'éclairent à la lumière de considérations d'ordre institutionnel, par la nature de l'organe juridictionnel, d'ordre so-

ciologique, par la prise en compte du milieu social d'où sont originaires les juges, d'ordre politique enfin, par les relations entre les différents pouvoirs. Toutes ces raisons, ainsi que celles tenant à la recherche d'une juridiction compétente et aux difficultés d'application de la dualité de juridictions, font que l'organisation du contrôle juridictionnel est cause de certaines limites dans la protection des libertés publiques, limites que le fonctionnement du contrôle juridictionnel permettra de situer à leur place véritable et de mesurer à leur juste dimension.

* *
*

SOUS-TITRE II

Les limites dans le fonctionnement du contrôle juridictionnel

A supposer que la victime sache à quelle juridiction s'adresser et que le juge, à l'origine, se reconnaisse compétent, toutes les difficultés ne sont pas pour autant aplanies, car le fonctionnement du contrôle juridictionnel est parfois entaché de certains vices qui entraînent une limitation dans la protection de la liberté. L'insuffisance de la garantie apparaît, dans le temps, d'abord dans les conditions techniques et concrètes du déroulement de l'instance (Chapitre 1), ensuite dans la portée réelle de la décision rendue par le juge (Chapitre 2), et s'ajoute en cela aux limites d'origine externe, les deux séries de limitations se complétant et n'ayant été dissociées que dans un but analytique.

CHAPITRE PREMIER

LES LIMITES DANS LE DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE (1)

Pour exercer une protection complète de la liberté, le juge devrait pouvoir intervenir rapidement et disposer de moyens juridiques pour s'opposer à la violation de la liberté, même, si possible, avant qu'elle ne soit commise ou renouvelée. Or l'absence de caractère suspensif des recours juridictionnels (Section I) autant que la lenteur de la procédure (Section II) constituent bien souvent un obstacle majeur à une garantie efficace des libertés.

Section I

ABSENCE DE CARACTERE SUSPENSIF DES RECOURS JURIDICTIONNELS

Le profane, en l'occurrence Le Huron, se représente le juge comme un « rempart de l'opprimé, terreur de l'oppresser qui, au moment où son bras va s'abattre, s'arrête en entendant la voix redoutable du juge clamer : Tu n'iras pas plus loin ! » (2).

(1) Voir :

- Ch. DEBBASCH : « Procédure administrative contentieuse et procédure civile », Paris, L.G.D.J. 1962.
- TOURDIAS : « Référé administratif et constat d'urgence », J.C.P. 1961.I.1628.
- TOURDIAS : « Le sursis à l'exécution des décisions administratives », Paris, L.G.D.J. 1957.
- LAVAU : « Du caractère non suspensif des recours devant les tribunaux administratifs », R.D.P. 1960 p. 777.

(2) J. RIVERO : « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », D. 1962 chr. p. 37.

Par. 1. - Etendue de cette limite.

Or tel n'est pas le cas : les recours juridictionnels devant les juridictions administratives n'ont pas d'effet suspensif, ce qui signifie que l'autorité administrative peut exécuter sa décision et porter atteinte à la liberté bien que le juge ait été saisi. Même une institution aussi favorable à la protection des droits des individus que le recours pour excès de pouvoir n'échappe pas à cette règle : le décret du 22 juillet 1806 (art. 6) refuse le caractère suspensif au recours formé devant le Conseil d'Etat. La décision administrative devra être exécutée et ce n'est que par la suite que le juge statuera, ou plutôt l'intervention du juge n'influe en rien sur l'exécution de la décision.

Mais que peut faire le juge lorsque la violation de la liberté est consommée ? Dans la plupart des cas, l'exercice des libertés se rapporte à une situation donnée, très courte dans le temps, et déclenchant la volonté de l'individu d'exercer sa liberté. Comme on l'a déjà dit, l'exercice d'une liberté est une chance unique, qui ne se reproduira plus si on lui porte atteinte. En ce sens, on peut dire que la liberté est unique, de même que sont uniques un paysage, un arbre, un individu. La situation de temps et de lieu, les circonstances, les événements qui sont à l'origine du désir d'exercer la liberté ne se renouvelleront plus jamais dans les mêmes conditions. L'interdire, c'est lui porter un coup dont elle ne se relèvera pas, malgré la bonne volonté du juge, et l'efficacité du contrôle juridictionnel, car le juge ne peut pas faire que ce qui n'a pas existé, soit et existe. On ne remonte pas le temps.

Les illustrations sont nombreuses et concernent à peu près toutes les libertés :

— *liberté de réunion* : l'annulation de l'interdiction d'une réunion n'empêchera pas celle-ci de ne pas avoir eu lieu. Face à une liberté qui s'exerce en un instant, une interdiction qui produit son effet également en un instant est irréparable, quoiqu'il puisse arriver par la suite.

— *liberté de la presse* : la saisie d'un journal, même annulée par la suite, ne pourra jamais être réparée qu'imparfaitement (cf. arrêt « Flampar »).

— *liberté des spectacles* : l'interdiction de projections cinématographiques peut être déclarée illégale, mais son but aura cependant été atteint.

— *liberté d'aller et de venir et atteintes à la sûreté individuelle* : une décision d'internement administratif sera peut-être

déclarée illégale, mais cela n'empêchera pas l'individu d'avoir passé un certain nombre de jours en prison.

— *liberté de la correspondance* : Même irrégulière, les saisies de lettres-missives n'en auront pas moins produit leur effet : empêcher, en certaines circonstances, qu'elles ne parviennent à leurs destinataires.

— *liberté syndicale et droit de grève* : Là aussi, interdire leur exercice sans possibilité de recours suspensif, c'est consacrer l'absence de toute réparation véritable, une grève ou l'exercice du droit syndical étant par définition commandés par les événements.

Il en va de même, quoique dans une moindre mesure, pour les autres libertés. Ainsi, on peut dire que chaque fois que la décision portant atteinte aux libertés produit son effet instantanément, ou se prolonge mais après une opération d'exécution immédiate, le contrôle juridictionnel ne pourra pas assurer une véritable réparation de la violation commise. « Il faut quelques heures, écrit le professeur Rivero, pour abattre les arbres centenaires que l'Administration a illégalement condamnés, et il faut cent ans pour reconstituer l'allée disparue ; et s'il faut quelques mois pour construire le building qui déshonorera une perspective, l'annulation de permis de construire illégal, une fois l'immeuble achevé, ne rétablira pas la perspective » (3).

Le contrôle juridictionnel empêchera peut-être d'autres violations, il ne réparera pas l'atteinte précise à la liberté qu'il avait pour objet de censurer. Il « n'apportera à l'administré qu'une satisfaction morale : dans sa querelle avec l'Administration, il saura qu'il avait raison. Sous-estimer une telle satisfaction serait méconnaître des données psychologiques élémentaires et la force de l'amour-propre ; mais la tenir pour suffisante, à l'inverse, c'est verser dans un idéalisme sans doute excessif : proclamer le Droit alors qu'il ne peut plus être rétabli dans les faits, c'est l'exposer aux mêmes ironies que les carabiniers d'Offenbach : il n'y gagne rien » (4).

Par. 2. - Exclusion du référé et du sursis à l'exécution.

Cette situation est d'autant plus grave que dans la plupart des cas concernant l'exercice des libertés publiques, le juge ne peut avoir recours ni à la procédure du référé, ni à celle du sursis à

(3) J. RIVERO, *op. cit.*, Mélanges Dabin, II, p. 826.

(4) *Id.*

l'exécution. procédures qui pourtant permettraient la sauvegarde des droits et libertés que l'exécution de la décision administrative compromettrait irrémédiablement.

§ 1.) *Le référé* permettrait au juge administratif de prendre, en raison de l'urgence, des mesures provisoires, sans toucher au fond du litige. Or il est limité au contentieux de certaines atteintes à la propriété privée (5), et on se rappelle qu'il fut utilisé fréquemment de 1947 à 1949, à propos de réquisitions irrégulières constitutives de voies de fait (jusqu'aux arrêts « Barinstein » et « Dumont »).

La loi du 28 novembre 1955 a prévu que le référé ne pourrait s'appliquer « pour les litiges intéressant l'ordre et la sécurité publique », ce qui veut dire que dans sa quasi-totalité le contentieux des atteintes aux libertés publiques échappe au référé. Y serait-il soumis d'ailleurs, que le juge administratif manifesterait en ce domaine la défiance qu'il montre à l'égard de cette procédure.

Tout d'abord, la restriction des litiges intéressant l'ordre et la sécurité publique résulte d'une confusion entre le sursis et le référé, comme l'a montré M. Debbasch (6). En effet, « le référé administratif tend à faciliter l'instruction et à parer aux dommages causés par l'urgence. Le juge, en l'ordonnant, estime que la mesure décidée est conforme à une solution équitable au litige. S'il estime que d'autres intérêts plus pressants s'y opposent, il ne l'ordonnera pas ». Or parmi ces intérêts plus pressants figurent sans contester l'ordre et la sécurité publique ; le recours à ces notions justifierait de toute manière l'exclusion du référé, même en l'absence de la restriction législative, puisqu'alors le dommage causé par l'ordonnance de référé s'avèrerait plus important que celui causé par le retard dans la décision.

Néanmoins, si cette considération est irréprochable en matière de sécurité publique, elle n'est pas sans présenter quelque danger s'appliquant au maintien de l'ordre, notion plus incertaine et moins objective. Si la décision est annulée ultérieurement, c'est que l'ordre public n'était pas menacé. Par conséquent, on pourrait admettre que dans le doute, le juge puisse user du référé : la loi de 1955 a consacré ici une présomption favorable à l'ordre et à la sécurité.

(5) Cf. GILLI : « L'intervention du juge des référés en matière d'expropriation irrégulière », J.C.P. 1957.I.1364.

(6) *Op. cit.*, p. 316.

C'est d'ailleurs un argument légal qui justifie la réticence du juge à recourir à la procédure du référé. C'est la loi en effet qui pose en principe que le recours devant le tribunal administratif n'a pas d'effet suspensif. A cette règle, les textes prévoient une exception : le sursis à exécution, et admettre la procédure du référé serait reconnaître une autre exception, jurisprudentielle celle-là (7).

§ 2.) Mais précisément, *le sursis à exécution* est exclu la plupart du temps en matière de libertés publiques. Déjà en temps ordinaire, il est entendu très strictement par le juge administratif, lequel exige pour l'accorder que le recours au fond soit justifié par des moyens sérieux, et que l'exécution immédiate de la décision entraîne pour le requérant un préjudice grave, ou crée une situation difficile à modifier (8). Cette jurisprudence a été codifiée par les décrets du 30 juillet 1963.

Après la réforme de 1953 (décrets des 30 septembre et 28 novembre), les tribunaux administratifs avaient essayé d'interpréter plus largement ces conditions et d'accorder plus facilement le sursis. Le Conseil d'Etat a rapidement condamné ce libéralisme, en des termes qui laissent à penser qu'il juge une telle conception « non prématurée, mais blâmable en soi » (10). Il a certes accepté fréquemment d'ordonner le sursis à l'exécution des décisions résiliant le sursis des étudiants appelés au service militaire (11); mais il agissait alors en tant que juge de cassation et non en juge de l'excès de pouvoir : « rien n'indique que la Haute Juridiction soit disposée à faire preuve, sur ce dernier terrain, du libéralisme qu'elle a manifesté sur le premier » estime M. Rivero (12).

Ce ne seraient d'ailleurs pas les textes de 1953 qui l'y pousseraient, car l'article 9 du décret du 30 septembre 1953 exclut l'octroi du sursis devant les tribunaux administratifs lorsque la décision contestée intéresse le maintien de l'ordre, la sécurité et la tranquillité publique, c'est-à-dire dans la plupart des cas d'atteintes aux libertés publiques.

(7) Cf. DEBBASCH, *op. cit.*, p. 318.

(8) C.E. 12 novembre 1938, Chambre syndicale des Constructeurs de moteurs d'avions, Rec. p. 840 ; S. 1939.3.65 concl. Dayras ; D. 1939.3.12 concl. Dayras.

(9) C.E. 18 juin 1954, Préfet du Var, Rec. p. 365 ; S. 1954.3.93 note Braibant.

(10) RIVERO, *Mélanges Dabin* p. 826.

(11) C.E. 20 novembre 1959, Jaouen et Gliksmann, Rec. 619 ; C.E. 23 décembre 1959, Ass., Freyssinet et U.N.E.F., D. 1961 p. 256 note Jeanneau.

(12) *Op. cit.*, p. 827.

Par exemple, statuant en appel, le Conseil d'Etat a refusé le sursis demandé par le requérant :

— en matière d'expulsion d'étrangers : C.E. 26 novembre 1954, Ministre de l'Intérieur c/Van Peborgh (13);

— en matière d'assignation à résidence : C.E. 23 décembre 1954, Ministre de l'Intérieur c/Wygoda (14);

— en matière de liberté du domicile et droit de propriété (sécurité publique): C.E. 19 février 1960, Berthaut (15): « s'agissant d'une décision intéressant la sécurité publique, la demande (de sursis) n'était en aucun cas susceptible d'être accueillie par le Tribunal administratif ». De même C.E. 13 juillet 1962, Martel (16).

Par contre, saisi directement d'une demande de sursis, par le jeu des règles de compétences, le Conseil d'Etat continue d'appliquer sa jurisprudence traditionnelle, rigoureuse certes, mais non dépourvue d'efficacité. C'est ainsi que dans un arrêt du 3 février 1956, « Pétales » (18), il a accordé le sursis à l'exécution d'une décision d'extradition d'un étranger car « l'exécution immédiate du décret attaqué serait de nature à porter une atteinte grave à la liberté individuelle » ; de même a été octroyé le sursis à l'exécution d'un jugement annulant le rejet d'une demande d'installation d'une fabrique et d'un dépôt d'acétylène dissous (19). Enfin, dans l'arrêt « Jaouen et Gliksmann » du 20 novembre 1959 (20), il a accordé le sursis à l'exécution de décisions résiliant le sursis d'incorporation d'étudiants appelés sous les drapeaux, mais il statuait alors, on le sait, comme juge de cassation. Néanmoins, dans ce dernier arrêt, il a également reconnu que la possibilité de demander le sursis existait dès lors qu'une disposition expresse ne l'écartait pas, appliquant en cela la jurisprudence « dame Lamotte » (C.E. 17 février 1950 précité).

(13) Rec. p. 627 ; D. 1955 p. 89 note Gabolde ; A.J.D.A. 1954.II p. 486 note Braibant.

(14) Rec. p. 697.

(15) Rec. p. 129.

(16) Rec. p. 503.

(17) Rec. p. 66 ; J.C.P. 1963.II.13249 note Luce ; A.J.D.A. 1963 p. 300 note Paulin.

(18) Ass. plénière, Rec. p. 44 ; A.J.D.A. 1956.II.31 note Long ; J.C.P. 1956. II.9184 note Vitu.

(19) C.E. 22 juin 1956, Secrétaire d'Etat à la Reconstruction et au Logement c/ Abadie, Rec. p. 292 ; A.J.D.A. 1956.II p. 298 chr. Fournier et Braibant.

(20) Rec. p. 619 ; S. 1961 p. 33 concl. Mayras ; D. 1961 p. 256 note Jeanneau ; A.J.D.A. 1960.I p. 43 chr. Combarous et Galabert.

Rien ne s'opposerait donc à ce que le Conseil d'Etat admette plus largement le sursis, si ce n'est la nature même du sursis qui est d'être accordé de façon exceptionnelle. C'est dans ce vice de nature que se trouve, au fond, le défaut de protection des droits et libertés. En effet, comme l'a montré M. Debbasch, le sursis est admis « dans les cas où un examen sommaire de l'affaire laisse percer des doutes sérieux quant à la validité de l'acte administratif en cause... Comme le juge ne se livre qu'à un examen sommaire de l'affaire dans cette instance annexe, il faut qu'il existe une illégalité particulièrement saillante pour que le juge en prenne conscience. Si le sursis reste une procédure exceptionnelle, ou mieux, extraordinaire, il ne peut permettre d'éviter tous les préjudices irréparables. Les droits des particuliers sont donc insuffisamment protégés par l'existence du sursis et cette insuffisance de protection découle de la nature même du sursis » (21).

Comment alors résoudre la difficulté, puisque les prérogatives dont dispose l'Administration lui sont accordées dans l'intérêt général et qu'en cas de conflit, celui-ci doit prévaloir sur l'intérêt particulier ? Logiquement, le sursis ne devrait pas exister, mais logiquement aussi, les droits des particuliers devraient être respectés : leurs droits et libertés ne doivent pas souffrir de prérogatives illégales ou exercées irrégulièrement.

Plusieurs solutions sont concevables. La meilleure consisterait en un examen immédiat de tous les recours, mais cela n'est guère possible actuellement. Dans ces conditions, il faudrait admettre la possibilité pour le juge, chaque fois que l'exécution de la décision serait de nature à causer au requérant un préjudice irréparable (ce qui serait le cas de nombre d'atteintes aux libertés), d'examiner immédiatement au fond la validité de cette décision. Il s'agirait d'une sorte de « référé de fond » (22), dont la seule condition de mise en œuvre serait la prise en considération du degré de la gravité du préjudice subi par le requérant à raison de l'exécution de la décision. Ainsi seraient protégés à la fois les intérêts des particuliers et les nécessaires prérogatives dont doivent disposer les autorités administratives.

Le seul obstacle à une telle solution resterait l'inévitable lenteur de la procédure qui subsisterait, en partie tout au moins, même dans un référé au fond, car le déroulement de l'instance demande toujours un certain temps.

(21) *Op. cit.*, p. 320.

(22) DEBBASCH, *op. cit.*, p. 321.

*Section II***LENTEUR DANS LE DEROULEMENT DE LA PROCEDURE**

Si, juridiquement, le juge assure une protection efficace des libertés publiques, la garantie constituée par le contrôle juridictionnel risque de rester lettre morte, assez souvent, en raison du retard avec lequel intervient la décision, retard dû à la complexité et à la lenteur de la procédure. Là encore, c'est à la jurisprudence administrative qu'il convient de s'attacher particulièrement. Certes, on l'a vu, le juge judiciaire peut parfois apprécier la légalité des actes administratifs portant atteinte aux libertés, mais d'une part, les délais dans lesquels il statue sont sensiblement les mêmes et d'autre part, en ce qui concerne le juge répressif, il se borne à écarter l'application de l'acte litigieux, sans pouvoir l'annuler « erga omnes ». Au contraire, le contrôle exercé par le juge administratif est plus efficace, dans ses modalités comme dans sa portée. La faiblesse résultant du retard avec lequel il se prononce n'en est alors que plus accentuée.

Par. 1. - Retard dans les décisions de justice.

Il est facile de stigmatiser le retard dans les décisions de justice, mais on doit reconnaître que depuis quelques années, le juge a fait un réel effort pour statuer plus rapidement.

a) Champ d'application.

Il y a longtemps que les auteurs ont mis en relief et déploré les lenteurs de l'instance et les retards dans les décisions de justice. Commentant l'arrêt « Gerony » (23), M. Vedel écrivait en 1947, à propos du Conseil d'Etat : « La Haute Juridiction administrative est demeurée un admirable instrument juridique ; on ne peut pas dire qu'elle soit un instrument judiciaire aussi efficace qu'on pourrait le souhaiter. Elle est trop loin, sa barre est trop encombrée. L'Administration, elle, est présente partout, dans le plus lointain canton, et à chaque détour de la vie quotidienne. Munie de pouvoirs de plus en plus étendus, elle semble avoir perdu en qualité ce qu'elle a gagné en puissance. Le régulateur incomparable

(23) T.C. 23 juillet 1947, J.C.P. 1947.II.3875.

qu'était le recours pour excès de pouvoir dans l'Etat libéral est devenu trop faible dans l'Etat dirigiste ou socialiste ».

L'extension des interventions de l'Etat et donc l'augmentation du nombre de violations des droits et libertés et la multiplication des recours juridictionnels, sont une des raisons du retard dans les décisions du juge. A quoi sert une annulation ou une condamnation intervenant plusieurs années après que la décision litigieuse ait produit ses effets ? Les risques d'inexécution augmentent avec le temps. « Du fait de la longueur des délais d'instruction, l'annulation n'a souvent qu'une signification morale » affirmait M. Gazier en 1948 (24), suivi l'année suivante par M. Mathiot : « Le recours pour excès de pouvoir ne protège qu'à très longue échéance, que contre les illégalités simples » (25).

Le cas le plus remarquable de retard dans une décision de justice remonte heureusement à une vingtaine d'années. Dans un arrêt « Jacquin » du 14 mai 1948, le Conseil d'Etat a statué sur une affaire dont les faits remontaient au 14 juillet 1914 ! Le requérant avait été blessé en prenant part au tir d'un feu d'artifice donné à l'occasion de la fête nationale. Le Conseil de Préfecture garda le dossier pendant 24 ans et se prononça le 6 mai 1938. Dix ans après, le Conseil d'Etat statuait à son tour... pour déclarer que le juge administratif était incompétent, et renvoyer le requérant devant la juridiction judiciaire ! (26). Pour peu que celle-ci prenne également son temps, les petits-enfants de la victime peuvent grandir tranquillement : ils seront majeurs quand le litige sera tranché, et pour eux ce ne sera toujours pas de l'histoire ancienne.

Certes, il s'agit là d'un exemple limite, mais nombreux sont les cas de retard dans les décisions de justice rendues sur violation des libertés, qui dépassent plusieurs années. Outre l'exemple, célèbre en droit administratif à cause de la théorie du cumul des responsabilités, de l'affaire « Lemonnier » (27) dont les faits remontaient au 9 octobre 1910, on peut citer de nombreuses illustrations à l'époque contemporaine.

(24) « L'œuvre jurisprudentielle du Conseil d'Etat en matière de réquisition », E.D.C.E. 1948 p. 67.

(25) Note sous T.C. 18 mars 1949, Société immobilière Rivoli-Sébastopol c/ Etat, S. 1950.3.1.

(26) Voir R.D.P. 1949 p. 600 note Waline.

(27) C.E. 26 juillet 1918, Rec. p. 761 concl. Blum.

— *liberté individuelle* : annulation le 17 avril 1959 d'un arrêté d'internement administratif pris le 30 septembre 1944 (C.E. 17 avril 1959 Pluchart Rec. Tables p. 1061).

— *liberté de la presse* : saisie de « L'Action Française » en février 1934 censurée le 8 avril 1935 (T.C. Action Française, précité); saisie de « L'Algérie Libre » reconnue légale neuf ans plus tard (C.E. 10 décembre 1958 Mezerna Rec. p. 628): on se demande quel aurait été le résultat pratique d'une annulation éventuelle; saisies de « France-Soir » des 30-31 décembre 1956 et du « Monde » du 7 février 1957 reconnues illégales le 24 juin 1960 (C.E. Société Frampar et Société France Editions et publications, précité); saisie de « Aspects de la France et du Monde » en mai et juin 1948 annulées le 23 novembre 1951 (C.E. Société nouvelle d'imprimerie, d'éditions et de publicité, précité). Encore, en matière de liberté de la presse les conséquences d'une annulation sont-elles réparables en grande partie pécuniairement.

— *liberté et secret de la correspondance* : Dans l'affaire « Randon », qui n'a pas donné lieu à moins de sept décisions de justice, la voie de fait constituée par le blocage de plis régulièrement affranchis, dans un bureau de poste, en juin 1951, a trouvé son épilogue le 22 mai 1959 soit huit ans plus tard (Cass. crim. 22 mai 1959 Brunel, Cornevaux et autres J.C.P. 1959.II.11162).

— *liberté des cultes* : L'affaire de Réalmont (construction d'un édicule contre le mur d'une église) s'est étendue sur plusieurs années.

— *droit de propriété* : La réquisition d'un véhicule en 1940 a été évoquée pour la première fois en 1952 et a connu son épilogue le 30 décembre 1958 (Cass. civile Guislain c/Guytaert et autres, Bull. civ. 1958.I, p. 476).

— *liberté du commerce et de l'industrie* : annulation le 8 décembre 1955 (C.E. Bressolles Rec. p. 583) d'un arrêté préfectoral du 15 novembre 1945 ordonnant la fermeture d'un magasin; dans l'arrêt « Caucheteux et Desmonts » du 21 janvier 1944 précité, le Conseil d'Etat se prononçait dix années après le vote de la loi causant préjudice aux requérants. De même, c'est le 19 février 1964 qu'a été annulé l'arrêté du Préfet de Police de Paris interdisant à certaines périodes la vente des huîtres (C.E. Société Maison Yvonne, Rec. p. 822 et 1040), arrêté remontant au 12 mai 1961.

— *liberté des spectacles* : le juge s'est toujours prononcé sur les interdictions de projections cinématographiques plusieurs mois,

voire plusieurs années après leur édicition (voir la jurisprudence citée en première partie).

— *liberté de réunion* : L'affaire « Houphouet-Boigny », concernant des interdictions de réunions au Rassemblement démocratique africain durant l'année 1948, a été jugée seulement le 19 juin 1953 (Rec. p. 298).

— *liberté d'opinion* : Dans l'affaire « Barel », le Conseil d'Etat ne s'est prononcé que le 28 mai 1954 sur la légalité des décisions des 3 et 7 août 1953 par lesquelles le Secrétaire d'Etat refusait les candidatures des requérants au concours d'entrée de l'Ecole Nationale d'Administration.

Tels sont, pris parmi d'autres, quelques exemples concrets de retard dans les décisions juridictionnelles. Bien entendu, cela ne veut pas dire que le juge en soit responsable à lui seul. Trop souvent, en effet, les autorités administratives conservent les dossiers qui leur sont communiqués pour réplique, au-delà du délai normal de réponse. Mais on doit constater que depuis quelques années, la situation s'est nettement améliorée et qu'un réel effort a été réalisé par le juge pour remédier à cette lacune dans le contrôle juridictionnel.

b) *Les efforts du juge.*

Depuis la réforme du contentieux administratif en 1953, les délais de l'instance ont été considérablement réduits, devant le Conseil d'Etat tout au moins, car l'arriéré des affaires en instance se trouve petit à petit épongé, la Haute Juridiction jugeant davantage d'affaires qu'il n'en est entré. Au 1^{er} août 1960 l'arriéré était de 7.553 affaires ; ce chiffre stationne au 1^{er} août 1961 (7.555) et tombe à 7.149 le 1^{er} août 1962 et 6.017 le 1^{er} août 1963 (28).

Il ressort d'une enquête effectuée sur place que le Conseil d'Etat statue aujourd'hui, en règle générale, dans les six mois à un an suivant la date de la requête, en ce qui concerne le recours pour excès de pouvoir. Il est vrai que ce délai est encore fort long : il tient en grande partie au caractère écrit de la procédure devant le juge administratif (il n'y a pas moins de six ou sept mémoires, intervenant tour à tour durant l'instance : mémoire introductif d'instance, mémoire en réplique, en défense, nouvelles observa-

(28) D'après le rectificatif joint au fascicule 17 de « Etudes et documents du Conseil d'Etat ».

tions...). Mais il existe aujourd'hui une instruction accélérée qui réduit à trois mois le délai de l'instance ; dans l'affaire « Canal », le Conseil d'Etat a statué dans les deux semaines suivant la condamnation du requérant par la Cour Militaire de Justice.

D'autre part, le Conseil d'Etat s'efforce d'obliger les parties (et surtout l'Administration) à respecter les délais fixés pour produire leurs observations. Depuis plusieurs années, il adresse à la partie qui n'a pas respecté le délai qui lui était imparti, une, puis deux lettres, lui demandant de retourner le dossier au greffe. En cas de refus ou de silence, une mise en demeure lui est notifiée. Passé le délai fixé (quinze jours à un mois), l'absence de réponse est considérée comme un acquiescement aux faits allégués par la partie adverse.

Si la situation devant la Haute Juridiction s'est nettement améliorée, celle des tribunaux administratifs, par contre, demeure encore « préoccupante » et « justifiera peut-être certaines réformes » ainsi que le reconnaissent les membres du Conseil d'Etat eux-mêmes (29). La doctrine est plus virulente encore. « L'euphorie de 1953 est bien passée » écrit M. Groshens, qui ajoute : « Après une période d'observations, les administrations ont, s'il faut en croire certains praticiens, manifesté à l'égard du juge administratif de première instance un certain manque de déférence. Le résultat pratique est simple : devant la mauvaise volonté des administrations et l'incapacité du juge d'obtenir d'elles le respect des délais, il arrive, d'après ces mêmes praticiens, que des plaideurs soient acculés au désistement, et préfèrent un arrangement avec l'Administration à ses conditions, plutôt que de poursuivre un procès sans fin et de toutes manières aléatoire » (30).

La règle du double degré de juridiction, qui en principe, constitue pour les administrés une garantie essentielle, présenterait un grave inconvénient si l'Administration refusait de répondre aux demandes de justifications des juges de premier ressort ou d'exécuter leurs jugements d'annulation, en faisant systématiquement appel devant le Conseil d'Etat. On pourrait alors parler, avec M. Luce, de « légalité à éclipse » (31).

(29) BRAIBANT : « Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir », E.D.C.E. 1961 p. 60.

(30) « Réflexions sur la dualité de jurisprudence », A.J.D.A. 1963 p. 539.

(31) « Considérations sur le fonctionnement des tribunaux administratifs », J.C.P. 1961.I.1658.

On peut en donner un exemple caractéristique en matière de droit de propriété et de liberté du domicile. Par jugement du Tribunal administratif de Grenoble en date du 6 juin 1956 avait été annulé un ordre de réquisition d'un local pris par le préfet de l'Isère. De ce fait, le bénéficiaire de la réquisition devenait un occupant sans droit ni titre, et le Tribunal des Conflits estima que les tribunaux judiciaires pouvaient ordonner son expulsion (32). Mais, entre temps, appel avait été formé devant le Conseil d'Etat contre le jugement du Tribunal administratif, appel non suspensif, on le sait, qui n'empêcha pas le Tribunal des Conflits de se prononcer. Or, le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 12 décembre 1958 « Secrétaire d'Etat à la Reconstruction et au Logement c/ Société des ateliers de wagons de Brignoud » (33) a annulé le jugement du Tribunal administratif, considérant que le détournement de pouvoir n'était pas établi et que l'ordre de réquisition était légal. On voit à quelles complications juridiques et surtout pratiques l'application du double degré de juridiction risque de conduire.

Heureusement, de tels exemples sont rares et il semble bien qu'il ne s'agisse effectivement que d'un risque. Tout d'abord, l'article 54 du décret n° 63-766 du 30 juillet 1963 précise et élargit le régime du sursis à exécution des décisions juridictionnelles déferées au Conseil d'Etat. L'alinéa 2 stipule en effet que, lorsqu'il est fait appel, par une personne autre que le demandeur en première instance (la plupart du temps, il s'agira de l'Administration) d'un jugement de tribunal administratif statuant sur un litige de pleine juridiction, le Conseil d'Etat peut, à la demande de l'appelant, décider qu'il sera sursis à l'exécution de ce jugement « si celle-ci risque d'exposer l'appelant à la perte définitive d'une somme qui ne devrait pas rester à sa charge dans le cas où ses conclusions d'appel seraient accueillies ». On peut en déduire que dès que l'intérêt des finances publiques sera en cause, l'appel deviendra presque toujours suspensif (34). Le décret consacre ici une solution déjà admise en jurisprudence (35).

(32) T.C., Société des ateliers de wagons de Brignoud, 13 janvier 1958, Rec. p. 792.

(33) Rec. p. 639.

(34) Cf. commentaire de M. DRAGO : « Autour de la réforme du Conseil d'Etat », A.J.D.A. 1963 p. 534.

(35) C.E. 12 juin 1959, Ministre des Finances c/ Société « Affinerie havraise », Rec. p. 365, A.J.D.A. 1959.II.366 ; de même : C.E. 1^{er} juillet 1959, Association syndicale de reconstruction d'Orléans, Rec. p. 468.

Quant à l'appel des jugements de tribunaux administratifs prononçant l'annulation pour excès de pouvoir d'une décision administrative, le sursis pourra être ordonné « si les moyens invoqués par le requérant paraissent, en l'état de l'instruction, sérieux et de nature à justifier, outre l'annulation ou la réformation du jugement attaqué, le rejet des conclusions à fin d'annulation pour excès de pouvoir accueillies par ce jugement » (art. 54 al. 3). Ainsi, écrit M. Drago, les administrations « n'auront pas d'excuse de ne pas exécuter le jugement au cas où elles n'auront pas demandé le sursis ou lorsque celui-ci leur aura été refusé » (36). Certes, la réforme protège surtout les intérêts de l'Administration (37), mais dans la mesure où elle clarifie le contentieux et la procédure, elle ne sera pas sans s'avérer profitable également aux administrés.

Par ailleurs, les craintes d'appel systématique de la part des autorités administratives contre les jugements des tribunaux administratifs, ne se sont pas réalisées jusqu'à présent. Le fait mérite d'être souligné car pour l'Administration, institution monolithique, permanente et stable, la contestation d'une décision de justice n'engage à rien et ne coûte pas grand'chose, à l'inverse du particulier qui a tendance à hésiter devant les frais et les incertitudes d'un nouveau procès. Or, d'après un praticien, « malgré ces facteurs favorables aux recours en appel, le nombre de ceux-ci est resté relativement faible : 13 % seulement environ des jugements rendus » (38). On peut admettre que le pourcentage varie d'un tribunal à l'autre, mais même s'il atteint parfois 25 à 30 %, ce chiffre est loin d'être excessif, comparé aux craintes que d'aucuns manifestaient. « C'est peu, estime M. Paulin, surtout si l'on considère que, pour l'Administration, certains appels sont inévitables, quelle que soit la valeur convaincante que les services attachent au jugement du tribunal administratif. C'est le cas, par exemple, lorsque ce jugement tranche des questions de principe. Il est absolument normal, alors, que pour s'éviter tout scrupule, les services désirent avoir le point de vue de la Juridiction Suprême.

Enfin, il n'est pas rare, pour cet auteur, « que l'Administration sursoie en fait elle-même à l'exécution de celles de ses décisions qui ont fait l'objet d'un recours contentieux ». Mais cette

(36) *Op. cit.*, p. 535.

(37) En ce sens, voir L. PHILIP : « Le sursis à l'exécution des décisions des juridictions administratives », D. 1965 chr. p. 219.

(38) B. PAULIN, conseiller au Tribunal administratif de Clermont-Ferrand : « Plaidoyer pour les tribunaux administratifs », A.J.D.A. 1964 p. 34.

observation ne semble pas devoir s'appliquer aux libertés publiques. D'après les constatations de M. Paulin, en effet, « le caractère non suspensif du recours est observé généralement dans quatre cas : lorsque la décision a déjà été exécutée au moment où le recours est intenté ; lorsque l'objet de la décision administrative intéresse l'ordre public ; lorsque cet objet présente un certain caractère d'urgence ; ou enfin, quand l'auteur de la décision lui porte, pour des raisons personnelles, un intérêt particulier, indépendant de son aspect strictement administratif ». Or, les trois premières hypothèses au moins se trouvent vérifiées lorsque la décision concerne l'exercice des libertés publiques et il y a peu de chances, en cette matière, pour que l'autorité administrative interrompe son action en attendant le jugement.

On voit donc qu'en ce domaine les jugements hâtifs et catégoriques doivent être proscrits. Les retards existent, certes, et il n'est que d'ouvrir les recueils de jurisprudence pour le constater ; mais peu à peu le juge s'efforce d'en réduire la durée, de même qu'il cherche à résoudre les complications résultant de la complexité des règles de procédure.

Par. 2. - Jeu des règles de procédure.

Les difficultés issues du jeu des règles de procédure ne se rencontrent pas seulement au niveau de la compétence entre les deux ordres de juridictions (cf. Sous-titre I), mais aussi à l'intérieur de la juridiction valablement saisie. C'est un phénomène bien trop connu pour qu'il soit nécessaire d'y insister outre mesure, d'autant plus que cette question a fait récemment l'objet d'une étude minutieuse et très complète (39).

Certaines des constatations de cet auteur méritent cependant d'être relevées. En certains cas, mais cela ne concerne pas directement la procédure, le litige ne peut même pas être soumis au juge. Il en est ainsi par exemple lorsqu'une catégorie de fonctionnaires fait l'objet de menaces, injures, diffamations et que le ministre ou le chef de corps, seul habilité à saisir le Parquet, estime qu'il n'y a pas matière à poursuites.

Si, en cette hypothèse, les administrateurs ne sont pas protégés, il arrive à l'inverse que l'entente entre différentes administra-

(39) L. FAVOREU : « Du déni de justice en droit public français », précité, Paris, L.G.D.J. 1964.

tions aboutisse à un défaut de garantie pour les administrés. Par exemple, des poursuites peuvent être engagées, en matière de délits et contraventions de pêche, en cas de « pollution non involontaire des eaux par des déversements industriels » (art. 434 du Code rural). Or, comme l'a fait remarquer M. Liet-Veaux, « une entreprise soutenue à la fois par le Ministère de l'Agriculture et le Ministère de l'Intérieur et du Commerce, pris en tant que tuteur des établissements classés, est pratiquement assurée de l'impunité » (40). Une telle situation peut avoir des conséquences assez graves pour ce qu'on pourrait appeler le « droit au repos » ou « la liberté des loisirs », qui s'exerce non seulement par la pêche à la ligne ou les baignades en rivières et cours d'eau, mais aussi par la détente au bord des plages. De plus en plus, en effet, les déchets de toutes sortes sont déversés dans les rivières et dans la mer : produits chimiques, rebuts ménagers, mazout, goudrons, résidus radio-actifs..., et le problème de la protection des individus se posera bientôt, à ce point de vue, avec une singulière acuité.

Lorsqu'on pénètre dans l'instance elle-même, d'autres difficultés peuvent se présenter. Le premier danger est que le juge garde le silence sur la requête, ce qui est inconcevable pour les juridictions traditionnelles, mais peut arriver de la part de certains organismes à caractère juridictionnel, tels les ordres professionnels (41). Or, le Conseil d'Etat a toujours considéré que « le principe de l'équivalence du silence à une décision de rejet n'est applicable qu'à l'attitude des autorités administratives et non à celles des juridictions » (Favoreu): C.E. 15 juin 1949 (42); C.E. 8 novembre 1963, Méard (43): « Le silence gardé par le Tribunal administratif sur la demande... ne saurait, quelle qu'en soit la durée, être regardé comme une décision susceptible d'être déférée au Conseil d'Etat ». Cette solution, pour être tout à fait normale et logique, peut être cause d'un défaut de protection des droits des justiciables lorsque le juge s'abstient de statuer.

On signalera sans s'y arrêter les difficultés naissant de « l'aposition défectueuse de timbres mobiles sur une requête », de « l'absence ou insuffisance de copies certifiées conformes », de

(40) « Mise en cause de l'administration devant le juge pénal », *Revue administrative* 1959 p. 275.

(41) Cf. FAVOREU, *op. cit.*, pp. 335 et s.

(42) *Rec.* p. 288.

(43) R.D.P. 1964 p. 479.

« perte d'un dossier par l'Administration » (44). En ce dernier cas, le juge prononce un non-lieu à statuer qui oblige le requérant à reconstituer le dossier (45).

Plus grave apparaît le défaut de protection dérivant d'une question de compétence et illustré par l'affaire « Van Peborgh » (46). Par arrêté du 15 mai 1954 du Ministre de l'Intérieur, le requérant avait été sommé de quitter le territoire français et déféra cette décision au Tribunal administratif de Bordeaux qui accorda le sursis à l'exécution. Statuant en appel, le Conseil d'Etat devait constater que, la décision concernant le maintien de l'ordre public, les premiers juges ne pouvaient accorder le sursis, l'art. 2 du décret du 30 septembre 1953 le leur interdisant. Mais le Conseil d'Etat estima alors qu'en tant que juge d'appel, il ne disposait pas de plus de pouvoir que le Tribunal administratif et refusa d'examiner la demande de sursis. Cette solution est d'autant plus choquante que, s'il avait été saisi comme juge de premier et dernier ressort, hypothèse parfaitement concevable puisqu'un arrêté d'expulsion est valable sur tout le territoire national, rien ne se serait opposé à l'examen de la demande de sursis et à sa prise en considération au fond (47). La gravité de la situation apparaît particulièrement lorsqu'on songe que n'importe quel Français peut faire l'objet d'une expulsion du territoire national, sans qu'une protection immédiate puisse lui être accordée. Si un an ou deux se passe avant que le juge ne statue, l'expulsé aura depuis longtemps été refoulé hors des frontières nationales.

Conclusion

Ce sont là quelques aspects des complications procédurales qui peuvent surgir et engendrer un défaut dans la protection des libertés. Certes, il faut pondérer la critique en examinant le problème, non seulement sur le plan qualitatif, mais aussi et surtout peut-être, sur le plan quantitatif. A cet égard, les exemples cités ne concernent pas plus, semble-t-il, que trois ou quatre pour cent des affaires

(44) FAVOREU, *op. cit.*, pp. 340 et s.

(45) C.E. 2 novembre 1956, Guenzi, R.D.P. 1957 p. 314 ; C.E. 11 janvier 1957, Société française de mécanique, A.J.D.A. 1957.II.157 bis obs. Copper-Royer ; seul exemple contraire : C.E. 2 novembre 1956, Dame Barland, A.J.D.A. 1957.II.2 : condamnation de l'administration pour perte du dossier.

(46) C.E. 26 novembre 1954, précité.

(47) Cf. note Gabolde, D. 1955 p. 89 ; A.J.D.A. 1954.II.486 note Braibant.

soumises au juge. Aussi l'absence de protection se trouve-t-elle réduite alors à ses justes proportions.

Mais cela n'empêche pas la limitation de subsister virtuellement, en ce sens que la victime, au moment où elle engage son action, se demandera toujours si elle ne va pas faire partie de ces quelques cas malheureux. C'est ce risque de malchance qui peut la faire hésiter, car il subsistera constamment dans son esprit une incertitude, un doute ou une crainte, même d'une manière subconsciente. C'est du très petit nombre d'exemples de carence dans la protection des droits et libertés que naissent, en pratique, la prévention, sinon la défiance, à l'égard de la juridiction. A cela s'ajoute le fait que le public est mal informé du déroulement et du fonctionnement de la procédure, et du nombre exact de cas de manquements du juge à sa mission de protecteur des libertés. Il faudrait donc que toutes les décisions juridictionnelles soient situées à leur juste valeur, tant dans la façon dont elles ont été rendues que dans leur portée réelle.

* *
*

CHAPITRE II

LES LIMITES DANS LA PORTÉE DE LA DÉCISION

Plus que le déroulement de l'instance et le jeu des règles de compétence, ce qui intéresse celui dont la liberté a été méconnue ou violée, c'est le résultat pratique du recours qu'il a formé, la réparation à laquelle il peut légitimement prétendre, en un mot le jugement rendu. La procédure ne le concerne que dans la mesure où elle est susceptible d'influer sur la décision du juge. Or, en matière de libertés publiques, plutôt que de se satisfaire de la perfection juridique des solutions jurisprudentielles, c'est leur valeur pratique qu'il importe de considérer. De ce point de vue, on ne peut que constater l'existence de certaines limites dans la protection des libertés publiques, car l'insuffisance et le caractère platonique des solutions élaborées (Section I) se trouvent accentués par une ignorance à peu près totale, dans le public, de l'œuvre jurisprudentielle (Section II).

Section I

INSUFFISANCE DE CERTAINES SOLUTIONS JURISPRUDENTIELLES

Si les résultats du contrôle juridictionnel apparaissent parfois peu satisfaisants, c'est en raison de la réserve et de la réticence dont fait montre le juge, et qui se traduisent dans le jugement lui-même. La limite de la protection des libertés apparaît lorsque le jugement supprime le recours pour le requérant (Par. 1), lors-

que l'Administration voit ses pouvoirs étendus en l'absence d'obligation pour elle de motiver ses décisions (Par. 2), lorsque enfin la décision de justice ne peut assurer une véritable réparation de l'atteinte à la liberté (Par. 3).

**Par. 1. - Suppression du recours :
Les mesures d'ordre intérieur.**

La suppression du recours pour le requérant pose le problème plus général de l'immunité des mesures administratives d'ordre intérieur (1). Le juge est saisi normalement et se prononce, mais pour supprimer ou, en quelque sorte, « escamoter » le recours, comme l'a montré M. Favoreu. La conséquence est qu'un certain nombre d'actes émanant d'autorités administratives échappent au contrôle du juge, celui-ci étant seul responsable de cette carence. C'est du contrôle juridictionnel que naît ici le défaut de protection des droits et libertés de certaines catégories de personnes.

« Ce n'est pas, écrit M. Favoreu, qu'il manque une juridiction compétente comme pour les actes du Parlement ou certains actes de l'exécutif, le Conseil d'Etat et les Tribunaux administratifs étant — faut-il le souligner — habilités à connaître des actes de l'Administration. Ce n'est pas non plus que le recours soit paralysé par des difficultés de compétence ou de procédure ou que la technique du juge soit imparfaite. Rien de tout cela n'intervient ici., le justiciable a apparemment à sa disposition une possibilité d'obtenir qu'il soit statué au fond sur son litige : mais au moment où il veut l'utiliser, cette possibilité disparaît, « escamotée » en quelque sorte » (2).

§ 1. Fondement.

La raison de cette soustraction réside dans la conception selon laquelle le recours pour excès de pouvoir est un instrument de con-

(1) Cette question, très générale, ne sera envisagée, dans le cadre de cette étude, que du seul point de vue pratique, c'est-à-dire du défaut de protection des libertés. Voir :

- J. RIVERO : « Les mesures d'ordre intérieur administratives », Thèse Paris 1934.
- AUBY et DRAGO : « Traité », II, p. 478 et la bibliographie citée.
- QUERMONE : Notes sous C.E. 6 juillet 1956, Fédération départementale des syndicats des exploitants agricoles du Sud-Ouest (D. 1958 p. 178, et 2 novembre 1958, Lépouse (D. 1959 p. 263).
- TRICOT : Concl. sous C.E. 29 janvier 1944, Institution Notre-Dame du Kreisker, R.P.D.A. 1954 p. 51.
- FAVOREU : *op. cit.*, pp. 444-503.

(2) *Op. cit.*, p. 444.

rôle objectif de la légalité et non de protection des situations individuelles. La notion d'acte « faisant grief » reçoit alors une acception purement objective : il sera examiné en lui-même, indépendamment de la situation du requérant et le juge recherchera s'il modifie l'ordonnancement juridique. Seuls seront pris en considération les actes comprenant dans leur forme un élément de décision : lois, décrets, arrêtés, décisions individuelles.

Mais cette conception ne rend pas compte de la réalité car, dans les faits, la règle de droit n'est pas la même pour tous : elle se rapporte au sujet de droit et varie d'un individu à l'autre. Il faudrait adopter une définition de l'ordonnancement juridique qui tienne compte de l'intérêt du justiciable et du caractère normateur de la mesure considérée, c'est-à-dire rechercher si elle trace des lignes de conduite ou « directives » et si celles-ci sont assorties de sanctions. Les mesures d'ordre intérieur seraient ainsi incluses et intégrées dans la hiérarchie des actes administratifs (3). La seule démarche du juge serait alors de se placer du point de vue du requérant et d'examiner si l'acte litigieux lui fait tort, ce qui dépasse la notion de décision exécutoire.

Or, malgré une position parfois ambiguë (4), le juge fait appel, en règle générale, à la conception objective, semblant préférer la bonne marche de l'Administration à l'intérêt des administrés, au détriment de la garantie de leur situation. Comment expliquer pareille attitude, de la part d'un juge qui, on l'a vu, veut se poser en véritable défenseur des droits et libertés ? C'est, semble-t-il, pour des raisons d'ordre pratique, tirées du fonctionnement technique et concret de la juridiction, c'est-à-dire en définitive, « pour des raisons qui relèvent davantage de la politique jurisprudentielle que du Droit » (5). En effet, c'est l'activité de l'Administration et du Conseil d'Etat qui est prise en compte et préférée à la défense des particuliers. Ici encore s'applique une présomption favorable à l'action administrative, se traduisant par un souci de ne pas la gêner et de lui laisser une assez grande liberté ; c'est ce qu'exprime la conception objective consacrée traditionnellement. Par ailleurs, existe chez le juge, même inavouée, une certaine crainte d'être débordé matériellement et de voir les rôles submergés par

(3) En ce sens : QUERMONNE, notes au Dalloz 1958 p. 179 et 1959 p. 266.

(4) Cf. FAVOREU, *op. cit.*, pp. 463 et s.

(5) FAVOREU, *op. cit.*, p. 469.

l'afflux de litiges concernant les mesures d'ordre intérieur (6). Telles sont les raisons qui expliquent la suppression du recours.

« Dès lors, écrit très justement M. Favoreu, l'idée de protection des situations individuelles ne reçoit application que là où elle n'est pas de nature à troubler l'activité de l'Administration ou le fonctionnement du Conseil d'Etat. Si un tel trouble peut être prévu, le juge invoque la doctrine officielle d'après laquelle seule une décision exécutoire est susceptible de recours, et il lui suffit ensuite de dénier à l'acte attaqué le caractère de décision exécutoire pour rejeter la requête. Il a la possibilité d'escamoter ainsi le recours » (7).

C'est ainsi que l'attitude du juge, en présence d'un recours intenté contre les circulaires ou instructions de service, consiste à rechercher si une annulation éventuelle serait de nature à gêner l'action de l'Administration. Dans l'affirmative, le caractère de décision exécutoire sera dénié à l'acte attaqué et le recours rejeté. De la sorte, le juge évitera de prononcer un trop grand nombre d'annulations pour incompétence, annulations qui devraient normalement découler du caractère réglementaire de la circulaire. De même, le recours à la notion de mesures d'ordre intérieur évite au juge d'examiner la légalité de certains textes. Par exemple, en matière de liberté du commerce et de l'industrie, le Conseil d'Etat, dans un arrêt « Société Librairie Aristide Quillet et Société Cabus et Raulot » du 5 mai 1961 (8), a estimé que le recours n'était pas recevable, bien que certaines dispositions de la circulaire attaquée (circulaire Fontanet) aient un caractère réglementaire (en ce sens : MM. Galabert et Gentot) (9) pour ne pas avoir à examiner la légalité du décret du 24 juin 1958 qui servait de base légale à la circulaire.

Quant aux décisions considérées comme peu importantes, si le Conseil d'Etat refuse d'en connaître, c'est non seulement pour ne pas affaiblir l'autorité des supérieurs hiérarchiques, ce qui se produirait si les subordonnés pouvaient librement contester toutes les

(6) Voir CHARLIER : « Circulaires, instructions de service et autres prétendues mesures d'ordre intérieur administratives », J.C.P. 1954.I.1169 n° 7.

(7) *Op. cit.*, p. 470.

(8) C.E. Ass., Rec. p. 297 ; A.J.D.A. 1961 p. 361 et 369 obs. Galabert et Gentot.

(9) ...qui sont membres du Conseil d'Etat. Le fait qu'ils reconnaissent eux-mêmes le caractère réglementaire de certaines dispositions de la circulaire est significatif.

mesures prises à leur égard, mais aussi « évidemment » pour « des motifs d'opportunité » (10).

§ 2. *Domaine.*

Pour toutes ces raisons, on constate en pratique une lacune dans la protection des droits et libertés de certaines catégories d'individus. Un rapide examen des tables du Recueil Lebon montre que plus des deux tiers des circulaires et instructions de service faisant l'objet de recours sont considérées comme des recours d'ordre intérieur. Or, c'est par ce moyen, il ne faut pas l'oublier, que sont prises la plupart des décisions intéressant la vie professionnelle et sociale d'une part, le domaine fiscal d'autre part. L'immunité juridictionnelle et le brevet de légalité qu'elle consacre dans les faits ne peuvent qu'inciter les autorités administratives à persévérer dans cette voie, comme elles l'ont fait en matière de validations législatives.

Une telle situation inquiète même certains membres du Conseil d'Etat, pour lesquels d'une part « cette limitation s'inscrit dans une tendance générale à admettre de plus en plus difficilement le caractère réglementaire des circulaires », et d'autre part « il n'est pas sûr que cette attitude soit conciliable avec une protection efficace des droits des administrés » (11). Commentant un arrêt « Arnaud et autres » du 13 juillet 1962 (12) concernant les règles d'avancement des officiers de l'Armée de terre, ces mêmes auteurs écrivaient l'année suivante que cet arrêt était « typique de la tendance à n'admettre que dans des cas très rares le caractère réglementaire d'une circulaire », et ajoutaient : « Sans apporter d'élément nouveau sur le plan des principes, l'arrêt Arnaud et autres met en lumière avec une particulière netteté le caractère peu satisfaisant de l'état actuel de la matière du pouvoir réglementaire du ministre, caractérisé d'une part, par la reconnaissance au ministre, dans le cadre de la jurisprudence Jamart, d'un pouvoir réglementaire très limité, sans doute insuffisant au regard des nécessités d'une bonne administration et, d'autre part, la possibilité dont dispose le ministre d'exercer, sous forme de circulaire, d'instructions ou de règles générales réputées ne pas faire grief, une sorte de pouvoir

(10) R. ODENT : « Cours de contentieux administratif », Institut d'études politiques, Paris, Les Cours de Droit, 1961-1962 p. 501.

(11) GALABERT et GENTOT : « Chronique générale de jurisprudence administrative », A.J.D.A. 1961 p. 331.

(12) C.E., Rec. p. 474.

quasi-réglementaire, aussi efficace à l'égard des administrés qu'un véritable pouvoir réglementaire, mais ne leur offrant pas les mêmes garanties dans la mesure où il échappe presque totalement au contrôle juridictionnel » (13).

Instructions, circulaires, lettres, notes, ordres, mesures préparatoires, mesures comminatoires, mesures d'organisation intérieure du service, voilà autant de décisions quasi-réglementaires qui peuvent échapper au contrôle juridictionnel, alors que ceux à qui elles s'adressent considèrent qu'elles sont obligatoires et contraignantes et voudraient pouvoir trouver une protection auprès du juge.

De cette lacune dans le contrôle, les mesures à caractère disciplinaire fournissent l'illustration la plus typique, en matière de libertés publiques. Dans ce cas, la présomption favorable à l'action de l'autorité administrative s'exerce sans restriction, l'absence ou plutôt la suppression du recours ne se justifiant même pas par la notion d'ordre intérieur, mais par une sorte d'obligation de réserve plus rigoureuse, que le juge reconnaît à l'égard des membres de certains corps. Le pouvoir hiérarchique et les règles disciplinaires l'emportent sur la protection des droits des justiciables.

a) Ainsi en est-il de la *mesure d'ordre intérieur militaire*, par laquelle le supérieur peut agir non seulement sur la situation, mais encore sur la personne du subordonné. « Contrairement, écrit M. Favoreu, au principe général selon lequel toute privation de liberté ne peut résulter que d'une condamnation prononcée par un juge, l'autorité militaire peut infliger au soldat, au sous-officier ou à l'officier des peines allant du séjour en salle de police aux arrêts de forteresse pendant soixante jours, en passant par les arrêts de rigueur, sans qu'aucun texte législatif ou réglementaire lui en donne le pouvoir. Au surplus, de telles mesures sont de nature à nuire à la carrière de l'intéressé de même d'ailleurs que les blâmes, affectations d'office, etc..., autres actes à caractère disciplinaire » (14).

Or, curieusement, face à de tels pouvoirs, nettement exorbitants du droit commun, le contrôle juridictionnel est à peu près inexistant. Les tribunaux militaires ne sont saisis que pour les peines dépassant soixante jours de forteresse ; en deçà, le supérieur

(13) A.J.D.A. 1962 p. 546.

(14) *Op. cit.*, p. 495.

hiérarchique est entièrement libre. Les tribunaux judiciaires se sont vus refuser toute compétence, depuis un arrêt du Tribunal des Conflits du 31 octobre 1885, *Francomme* (15). Quant à la juridiction administrative, elle n'accepte de contrôler que les actes qui portent atteinte au statut légal du requérant. Or, très souvent, la mesure prise en violation de la liberté, peine privative de liberté, blâme, punition, ou autre, ne touche pas au statut. Il en résulte un défaut de protection d'autant plus grave que les punitions ont une influence sur le déroulement de la carrière, laquelle peut parfois s'en trouver brisée.

b) *La situation dans l'enseignement* n'est pas sans rappeler, toutes proportions gardées, celle qui existe dans l'armée (16). « L'instituteur peut exclure un élève pendant trois jours, les maîtres du secondaire infliger des retenues, le proviseur d'un lycée réprimander toute une classe de telle manière que cela puisse apparaître comme une diffamation, le doyen d'une faculté user de son droit d'admonestation, le recteur prononcer la peine de la réprimande ou exclure un étudiant d'une cité universitaire, en toute impunité » (17). Les organismes universitaires, en effet (Conseil Supérieur de l'Education Nationale, Conseil de l'Université, Conseils de discipline), ont une compétence d'attribution et ne peuvent connaître d'aucune de ces sanctions. De même, le juge judiciaire se reconnaît traditionnellement incompétent.

Quant au juge administratif, il écarte tout recours dès lors qu'il concerne la discipline dans les établissements d'enseignement. Il ne l'examine que lorsque la mesure prise trouble le déroulement normal de la scolarité. C'est ainsi qu'il s'est refusé à connaître de l'interdiction faite aux élèves par un proviseur de lycée d'arborer des insignes dans l'enceinte de l'établissement (18), de l'interdiction par la directrice d'un lycée de jeunes filles du port de pantalon de ski sauf par temps de neige (19), de l'expulsion d'une cité universitaire prononcée par le recteur contre un étudiant (20). Il est grave, en ce dernier cas, qu'une mesure aussi sévère

(15) Rec. p. 804.

(16) Voir MARTIN : « Les aspects fondamentaux de la discipline des usagers de l'enseignement public », R.A. 1958 p. 340.

(17) FAVOREU, *op. cit.*, p. 498.

(18) C.E. 21 octobre 1938, *Lote*, Rec. p. 786 ; D.H. 1939 p. 25.

(19) C.E. 20 octobre 1954, *Chapou*, Rec. p. 541 ; D. 1954 p. 789 ; R.P.D.A. 1954 n° 429 ; A.J.D.A. 1954.II bis p. 13 note Long.

(20) Trib. adm. Paris 30 août 1957, *Quin* ; D. 1958 Som. p. 53 ; G.P. 1958. I.199.

que l'expulsion d'une cité universitaire ne puisse faire l'objet d'aucun contrôle, alors que d'une part, les places disponibles sont en nombre limité et que d'autre part, il est facile de la fonder, d'une manière ouverte ou non, sur des motifs d'ordre politique, tels que distributions de tracts ou appartenance à tel ou tel groupement. Il faut espérer que le Conseil d'Etat, saisi récemment d'affaires similaires, saura se montrer plus désireux de protéger la liberté du domicile de cette catégorie particulière de citoyens que sont les étudiants.

c) Enfin, il faut évoquer le problème de *la discipline dans les établissements pénitentiaires*. Là encore, en effet, on constate que les administrés, c'est-à-dire les détenus, peuvent faire l'objet de lourdes peines et de punitions sévères (séjour en cellule, mise au cachot) sans qu'aucune protection juridictionnelle ne leur soit accordée (21). Le juge judiciaire est incompétent, selon une jurisprudence du Tribunal des Conflits de 1960 (22), selon laquelle, si comme il est normal, les litiges concernant la nature et les limites de la peine infligée par le juge répressif relèvent de la compétence de la juridiction judiciaire, ceux qui ont trait au fonctionnement administratif du service pénitentiaire (hypothèse envisagée ici) sont du ressort de la juridiction administrative.

Mais la victime se heurtera alors à la notion de mesure d'ordre intérieur, à laquelle le juge a déjà fait appel pour rejeter les recours (23).

Ainsi, dans ces différents régimes et d'une manière générale, en raison de l'absence de recours contre la quasi-totalité des mesures d'ordre intérieur, existe un défaut de protection des libertés publiques chez certaines catégories de personnes. Rien ne s'oppose à ce que le juge puisse exercer son contrôle, mais il rejette volontairement cette possibilité, soit pour protéger l'action des autorités administratives, soit pour se garantir lui-même contre un encombrement de la barre du tribunal, au lieu de se placer sur un terrain subjectif pour apprécier la notion de grief.

On voit dès lors combien la décision de rejet limite, en pratique, la garantie des libertés publiques, car l'individu se voit privé

(21) Voir GOUR : « Le contentieux des services judiciaires et le juge administratif », Paris, L.G.D.J. 1960.

(22) T.C. 22 février 1960, Fargeaud d'Epied, A.J.D.A. 1960.II.157 note Pinto.

(23) C.E. 6 mars 1935, Jules Brunaux, Rec. p. 295 ; C.E. 2 mars 1938, Abet, Rec. p. 224, et qu'il invoquerait probablement à nouveau.

de l'exercice d'un contrôle juridictionnel auquel il était en droit de prétendre. Cette lacune est d'autant plus grave qu'un monde à part est ainsi créé, à l'intérieur duquel l'Administration peut agir pratiquement à sa guise et en toute impunité, constatation à laquelle vient s'ajouter le principe plus général de non obligation, pour l'Administration, de motiver ses décisions. De l'application de ce principe découle, pour la liberté, une autre limite dans la portée réelle de la décision de justice.

Par. 2. - Non obligation, pour l'Administration, de motiver ses décisions.

§ 1. En règle générale, les actes administratifs n'ont pas à être motivés. Aucune obligation de fournir les motifs de ses décisions ne pèse sur l'autorité administrative, et le Conseil d'Etat fait une application constante de ce principe, particulièrement en matière de libertés publiques, ainsi qu'il ressort des exemples suivants :

— *naturalisations* : C.E. 7 juillet 1916 « Lévi, dit Max » (24) : « Si l'art. 2 de la loi du 7 avril 1915 exige une décision spéciale, prise par décret inséré au Journal Officiel, pour rapporter une naturalisation postérieure au 1^{er} janvier 1913, ce texte n'exige pas que cette décision soit motivée ».

— *droit et liberté du travail*, au sens large, par des mesures concernant la situation personnelle des agents ou le déroulement de leur carrière :

- *Mise à la retraite d'office* : « Considérant que cette décision (admettant d'office le requérant à faire valoir ses droits à la retraite) n'est pas motivée ; qu'aucune disposition de loi ou de règlement n'exigeait qu'elle le fût » (C.E. 11 août 1916 Leguay) (25) ;

- *Décret rapportant une nomination* : « Aucun des textes législatifs ou réglementaires accordant des garanties à la généralité des fonctionnaires n'exige que les actes de la nature de celui qui est déféré au Conseil d'Etat soient précédés de certains visas ni qu'ils soient motivés » (C.E. 5 juillet 1919 Fighiera) (26) ;

(24) Rec. p. 279.

(25) Rec. p. 370.

(26) Rec. p. 605.

- *Suspension d'un fonctionnaire* : C.E. Ass. 5 avril 1946, « Roussel » : « Aucune disposition de l'article 3 de l'ordonnance du 27 juin 1944 n'exige que l'arrêté prononçant la suspension d'un fonctionnaire... précise les faits à raison desquels l'intéressé peut encourir l'une des sanctions prévues par ladite ordonnance » ; et, ajoute l'arrêt, « si l'art. 4 de l'ordonnance précitée dispose que les sanctions qu'il prévoit font l'objet d'arrêtés motivés lorsqu'elles sont prononcées par les ministres compétents, il n'exige pas, dans les cas où l'intervention d'un décret est nécessaire, que celui-ci soit également motivé » (27).

— *liberté d'association* (groupements de fait) : C.E. 3 avril 1936 Pujo : « la loi du 10 janvier 1936 ne fait pas au Gouvernement une obligation d'énoncer dans le corps des décrets pris en application de ladite loi et portant dissolution d'associations ou de groupements de fait, les motifs de cette mesure » (28).

— *liberté individuelle* : assignation à résidence : C.E. Ass. 16 décembre 1955 Dame Bourokba (29) : « Aucune disposition de la loi du 3 avril 1955 ou d'un règlement ne fait obligation au préfet de motiver les mesures d'interdiction de séjour qu'il prononce ; par suite, la requérante ne peut utilement soutenir que la décision attaquée est insuffisamment motivée » ; de même : C.E. 30 janvier 1959 Grange (30) : « Un arrêté d'assignation à résidence surveillée pris par application du décret du 17 mars 1956 n'a pas à être motivé ».

Le Conseil d'Etat a réaffirmé le principe tout récemment : « ...un arrêté d'assignation à résidence surveillée pris par application de la décision du 24 avril 1961 complétée par la décision du 29 septembre 1961 n'a pas à être motivé » (31) ; de même C.E. 22 avril 1966 Ministre de l'Intérieur c/Mony (32).

Ainsi, en dehors d'un texte précis qui l'y oblige, l'autorité administrative n'est pas tenue de faire connaître les motifs de ses décisions. Le juge a toujours refusé de consacrer l'obligation pour l'Administration de motiver, d'expliquer, de donner les raisons de son action, lorsqu'elle s'adresse aux administrés. Cette situation est

(27) Rec. p. 105.

(28) S. 1936.III p. 42 concl. Andrieux.

(29) Précité, Rec. p. 590, D. 1956 p. 392 note Drago.

(30) Précité, Rec. p. 85.

(31) C.E. 13 juillet 1965, Magne de la Croix, Rec. p. 461.

(32) R.D.P. 1966 p. 584 concl. Galmot ; D. 1966 p. 504.

grave pour les libertés publiques car ici encore, le juge, soucieux de ne pas gêner l'action de l'Administration, applique en fait une présomption qui lui est favorable, ce qui limite d'autant la portée du jugement. L'absence de motivation des décisions administratives est érigée en principe, si bien que la plupart du temps, l'individu courra le risque de faire l'objet d'une atteinte à sa liberté sans qu'il en connaisse les motifs.

Rares sont en effet les textes, en matière de libertés publiques, qui obligent l'autorité administrative à motiver ses actes. On peut citer :

— en matière d'exercice des droits civiques (au sens large) : la suspension et la révocation des maires (art. 68 Code municipal) ainsi que la dissolution des conseils municipaux (art. 18 Code municipal) et généraux (art. 36 Loi du 10 août 1871);

— en matière de droit de propriété : déclaration d'utilité publique des travaux départementaux et communaux (Décret du 5 nov. 1926, art. 58 modifié par le décret du 4 octobre 1950);

— en matière de liberté du commerce et de l'industrie : refus d'autorisation d'ouverture d'une officine de pharmacie (art. 21 loi 11 septembre 1941);

— en matière de « liberté des loisirs » interdiction de camping (Décret 7 février 1959 art. 3);

— en matière de liberté du travail et libertés professionnelles des fonctionnaires : refus de candidature du personnel intérimaire de l'enseignement du premier degré (loi 8 mai 1951 art. 2); avertissement et blâme aux fonctionnaires (art. 31 ordonnance du 4 février 1959).

Une protection efficace des libertés supposerait que, par un raisonnement inverse, le juge, appliquant une présomption favorable à la liberté de l'individu, édicte la règle de l'obligation pour l'Administration de motiver ses décisions, afin de permettre à la victime éventuelle de se défendre dans les meilleures conditions. En s'y refusant, il permet à l'autorité administrative de rester, dans ses rapports avec les administrés, distante, secrète et silencieuse. Or, l'obscurité qui en résulte ne peut que réduire l'exercice et la portée du contrôle juridictionnel et donc la protection des libertés.

On objectera que l'obligation de motiver ses décisions entraînerait pour l'Administration une certaine paralysie dans son action

et une suspicion généralisée à son endroit et l'on fera valoir que, si la loi édicte parfois une obligation de motiver, c'est que, *contrario*, elle autorise, en cas de silence du texte, l'autorité administrative à ne pas motiver ses décisions.

Mais d'une part, cette obligation ne serait que l'application, à l'action administrative, du principe selon lequel la liberté est la règle, la limitation l'exception. La liberté étant du côté de l'administré, c'est également de son côté que devrait se trouver le principe protecteur, c'est-à-dire l'obligation de motiver. Au contraire, en consacrant la règle de la non-obligation, on transfère le principe protecteur du côté de l'action administrative. C'est en cela que l'on peut affirmer que la présomption favorable aux libertés se trouve inversée : les deux principes, qui devraient normalement être du même côté, celui de l'administré, se trouvent scindés et s'exercent en sens contraire en se neutralisant, d'une certaine manière.

D'autre part, nombreux sont les cas où le juge a interprété dans un sens extensif des textes protecteurs des libertés d'une portée apparemment réduite, et dans un sens restrictif des textes limitant les libertés (cf. 1^{re} partie). En ce cas, le texte préjudiciable aux libertés était considéré comme une exception, alors qu'était regardé comme l'application d'une règle celui qui leur était favorable. Pourquoi n'en serait-il pas de même ici et pourquoi le juge, au lieu d'interpréter les textes prévoyant la motivation comme des exceptions à une règle, ne les considérerait-il pas comme des applications à des cas particuliers d'un principe général du Droit ? Là encore c'est, semble-t-il, le souci de ne pas gêner l'action administrative qui a prévalu, et l'on peut regretter semblable position de la part d'un juge qui a su, avec tant de hardiesse, affirmer, contre la lettre des textes, le caractère de droit commun des recours contentieux, en particulier le recours pour excès de pouvoir ou le recours en cassation (voir 1^{re} partie, titre I).

§ 2. Il est vrai que le juge s'est efforcé de limiter ce que les conséquences du principe de non-obligation pour l'Administration de motiver ses décisions, pouvaient avoir de néfaste pour la protection des droits individuels. Il y est parvenu en partie grâce à son libéralisme en matière de preuve (1^{re} partie, titre II).

Dans ses conclusions concernant l'affaire « Barel » (33), le Commissaire du Gouvernement Letourneur affirmait : « La règle

(33) C.E. 28 mai 1954, précité, R.D.P. 1954 pp. 519 et s.

suivant laquelle les actes administratifs n'ont pas à être motivés a pour conséquence de supprimer à leur égard le vice de forme tiré du défaut de motif ; elle n'a ni pour but, ni pour effet de soustraire l'Administration à l'obligation de faire connaître au juge de l'excès de pouvoir les motifs des actes attaqués devant lui ».

En d'autres termes, lorsqu'il est saisi d'un recours contre une décision non motivée, le juge peut obliger l'autorité administrative à lui fournir les motifs de sa décision et vérifie l'exactitude matérielle des faits qui en constituent le fondement. L'autorité administrative n'est donc pas tenue de donner les motifs de sa décision à l'administré mais, bien qu'ils lui soient cachés, ils n'en doivent pas moins exister, puisque l'Administration ne peut agir que dans la limite de sa compétence et dans le cadre de la légalité. Le juge exerce donc un « contrôle minimum » (34) portant sur l'inexactitude matérielle des faits et le détournement de pouvoir et, à cet effet, puisqu'il dirige l'instruction, se reconnaît le pouvoir de demander à l'Administration toutes les justifications nécessaires ; en cas de refus ou de silence de sa part, les faits seront considérés comme matériellement établis.

Tel est l'apport de la jurisprudence « Barel », confirmée à de nombreuses reprises, en particulier, dans le domaine des assignations à résidence par les arrêts « Grange », « Magne de la Croix », « Livet et Rocher », « Ministre de l'Intérieur c/ Mony » (tous précités). C'est ce raisonnement qui permet de résoudre la contradiction apparente qui se dégage de la formulation de ces arrêts, selon laquelle « si un arrêté d'assignation à résidence surveillée pris par application de (tel) décret ou (telle) décision du Président de la République n'a pas à être motivé, il appartient au juge administratif de contrôler l'exactitude des motifs donnés par l'Administration comme étant ceux de sa décision et de prononcer l'annulation de celle-ci lorsqu'elle repose sur des faits matériellement inexacts ».

En réalité, il n'y a pas de contradiction, car la première partie de la formule concerne les rapports entre l'autorité administrative et l'administré, et le juge affirme que la décision n'a pas à être motivée, tandis que la seconde partie intéresse les relations entre l'autorité administrative et le juge, celui-ci affirmant alors que l'Administration doit fournir les motifs de sa décision. Mais il faut convenir que le tour elliptique de cette motivation de l'arrêt peut prêter à confusion.

(34) Contrôle minimum qui tend à s'élargir constamment : voir C.E. 22 avril 1966, Société Union africaine de Presse, J.C.P. 1966.II.14805 concl. Galmot, note R. Drago.

Il reste qu'on voit mal pourquoi le juge, qui s'estime en droit de demander à l'Administration les motifs de ses décisions, refuse de reconnaître ce droit au profit des administrés qui sont tout de même les premiers, sinon les seuls, intéressés. En l'absence de tout litige, de toute contestation, ou si le juge renonce à faire application de ces règles relatives à la preuve, l'Administration sera libre de ne pas motiver sa décision, et pourra ainsi porter atteinte aux droits et libertés sans que la victime puisse se défendre avec toutes ses chances. Il y aura même là une situation paradoxale dans la mesure où le requérant, même s'il ignore les motifs de la décision prise à son encontre, devrait pourtant, pour avoir gain de cause, prouver leur inexactitude ! Comment pourrait-il jamais y parvenir ?...

Cette insuffisance dans la portée du contrôle juridictionnel a été déjà relevée, en 1961, par le doyen G. Vedel : « Récemment, écrivait-il, un arrêt du Conseil d'Etat nous apprendait gravement — sans le moins du monde invoquer des circonstances exceptionnelles — que l'Administration peut refuser un passeport à un Français sans lui faire connaître les motifs de cette décision et que son refus ne peut être annulé qu'autant que l'intéressé établit (car la charge lui incombe) que les motifs de la décision dont il se plaint sont inexacts en fait et en droit, alors que précisément, il doit les ignorer » (35).

Enfin, même si cet obstacle était surmonté et si le juge, adoptant entièrement le point de vue du requérant, lui donnait gain de cause, on pourrait s'interroger sur la valeur et les résultats pratiques de la décision juridictionnelle sanctionnant l'atteinte aux libertés publiques.

Par. 3. Le caractère a posteriori de l'intervention du juge, la limitation de ses pouvoirs à l'égard des autorités administratives, la lenteur de l'instance ainsi que la spécificité des libertés publiques réduisent en pratique la portée de la décision de justice et confèrent à la censure un effet nécessairement théorique, quelque peu illusoire et platonique, dans la mesure où aucune situation ne se présente à nouveau dans un contexte identique et où personne ne pourra jamais faire que ce qui n'a pas été puisse être et exister de la même façon en d'autres circonstances. Certes, le rôle du juge est irremplaçable, car la minutie et l'efficacité juridique de son

(35) « L'inexpérience constitutionnelle de la France », *La Nef*, numéro spécial, 1961, consacré aux formes nouvelles de la démocratie.

contrôle, autant que l'autorité des sanctions qu'il prononce, servent d'exemple et empêcheront bien souvent que ne se reproduisent à l'avenir les mêmes violations des libertés. Mais, en soi, si l'on considère l'affaire en cours et l'atteinte particulière dont le juge a eu à connaître, on constate que le contrôle juridictionnel, en l'état actuel, ne peut assurer que d'une manière imparfaite la garantie de la liberté en cause.

En vertu du principe de la séparation, au sein de l'exécutif, des fonctions administrative et juridictionnelle, le juge s'interdit de se substituer à l'administrateur et refuse de lui adresser des injonctions ou des astreintes, ou des condamnations à faire. Il se borne à annuler l'acte illégal ou à condamner l'Administration à réparer, sur le plan pécuniaire, le préjudice causé (cf. *supra*).

Mais d'une part, une annulation *a posteriori* n'empêchera pas la violation de la liberté d'avoir été commise. Un internement arbitraire ou une détention abusive aura tout de même privé la victime de liberté entre le moment où il a été prononcé et celui où le juge a statué ; une saisie de journaux illégale n'en aura pas moins atteint son but ; l'annulation ne changera rien à la violation du domicile, à l'ouverture de la correspondance, à l'interdiction de la réunion ou d'un spectacle, à la réquisition pour faire échec au droit de grève, au licenciement injustifié. Bref, chaque fois qu'une liberté s'exerce en un instant, à un endroit précis et en vertu d'une situation circonstancielle donnée, et que la mesure qui lui porte atteinte produit son effet en une seule fois, on peut affirmer que l'annulation constitue une sanction platonique.

Reste alors le contentieux de l'indemnité, qui permet à la victime d'obtenir réparation, sur le plan pécuniaire, du préjudice subi en raison de l'atteinte à sa liberté ou du refus de l'autorité administrative de tirer les conséquences de l'annulation. Souvent le requérant s'estimera satisfait par la reconnaissance de son bon droit et l'octroi d'une indemnité. Mais cette procédure n'est pas sans danger car elle apparaît comme un chèque en blanc au profit de l'Administration, laquelle pourra acheter, au prix de l'indemnité, la faculté de porter atteinte aux libertés et ce, avec d'autant plus de facilité que c'est le contribuable, et donc la victime elle-même, qui paiera la note (36).

En outre, la réparation pécuniaire est la plupart du temps inadéquate en matière d'atteintes aux libertés publiques, car le

(36) Cf. *supra* ; voir également J. RIVERO, art. cit., *Mélanges Dabin* p. 832.

préjudice subi par la victime est beaucoup plus moral que matériel. Interdire l'exercice d'une liberté publique, c'est atteindre l'activité humaine tout entière, c'est-à-dire l'homme lui-même. C'est le priver d'une chance de s'affirmer qui ne se représentera plus jamais ; cette perte, ce manque à gagner sur le plan humain, la réparation pécuniaire ne les compenseront que d'une manière bien maladroite et imparfaite.

Enfin, cette succession d'instances suppose de la part de la victime beaucoup de bonne volonté, sinon de volonté tout court, ce qui n'est pas toujours le cas. Beaucoup, surtout parmi les plus faibles et les moins fortunés, hésiteront à mettre en branle le mécanisme juridictionnel et à persévérer, sur le chemin des différents prétoires. Rebutés par un premier échec, ne risqueront-ils pas d'être définitivement découragés ?

Il est curieux de constater que toutes ces considérations d'ordre pratique, qui sont pourtant essentielles lorsqu'on adopte le point de vue de la victime, le seul qui puisse compter en matière d'atteintes aux libertés publiques, sont à peu près absentes des manuels et revues juridiques. On cherche en vain, aux tables du *Rucueil Lebon*, une rubrique consacrée aux libertés publiques. Aussi faut-il saluer comme il convient les efforts déployés par une partie de la doctrine pour combler ce vide et contribuer à rapprocher le Droit de la réalité quotidienne.

« On n'aime guère, parmi les juristes, à s'attarder sur cet aspect des choses », écrit le professeur J. Rivero, dans une analyse réaliste de cette situation : « On analyse avec une scrupuleuse attention, poursuit-il, les conditions de recevabilité du recours, l'évolution des cas d'annulation ; l'issue du litige intéresse moins que les chemins qui y mènent ; lorsqu'on en vient au problème des effets du recours, on se borne à l'exposer, sans s'appesantir outre mesure sur les difficultés pratiques auxquelles se heurte le requérant, comme s'il s'agissait d'un phénomène secondaire, et d'ailleurs inévitable. L'analyse se maintient dans l'abstrait ; le recours intéresse plus que le requérant ; il en a été l'occasion, il a déclenché les savants mécanismes du contentieux ; ce service une fois rendu au jeu juridique, il est implicitement prié de ne point venir perturber l'harmonie des constructions, la subtilité des exégèses, avec sa petite et souvent misérable histoire personnelle ; quel commentateur s'intéresse à l'humble question de savoir comment s'est traduite, dans la vie du requérant, l'annulation ? Qui donc voit en lui, non seulement l'occasion du recours, mais sa fin ? Qui soupçonne, derrière le nom qui, passant à la postérité avec l'arrêt qu'il

désigne, se verra estropié par des générations d'étudiants, un être de chair et de sang qui, victime d'une injustice concrète, attend de son recours le rétablissement d'une situation conforme au droit ? » (37)

De son côté, M. P. Weil reconnaît que « la jurisprudence est en général plus belle vue par les juristes que par les intéressés », déplorant par ailleurs « l'octroi de certains avantages en bloc suivis de leur retrait dans le détail » ou « l'affirmation de grands principes aussitôt démentis dans leur application » (38).

Pour qu'une protection plus effective des libertés publiques soit assurée par le contrôle juridictionnel, il faudrait donc que peu à peu s'opère une harmonisation entre la règle de droit et ses applications pratiques, entre l'œuvre jurisprudentielle et l'ensemble des activités humaines, entre les progrès de la pathologie et le nombre encore restreint des cas de guérison ; bref il faudrait que l'homme-sujet tende à s'identifier à l'homme-objet. Seul un effort réciproque d'adaptation semble être de nature à pouvoir réduire le fossé qui sépare le juge du justiciable. L'un et l'autre doivent apprendre ou réapprendre à se connaître, le juge par un intérêt plus marqué pour le problème humain que soulève le litige, le justiciable par un effort pour s'informer des recours qui lui sont offerts et de la protection que le juge est susceptible de lui fournir.

Section II

INSUFFISANCE DES MOYENS D'INFORMATION

Il apparaît ainsi que la portée de la décision dépend, non seulement de la solution du litige, mais aussi de l'audience qu'elle reçoit dans l'opinion publique. A cet égard, bien des progrès, semble-t-il, restent à réaliser, en raison de l'insuffisante information, pour ne pas dire l'ignorance, des citoyens. Pour être proche des justiciables, juge et juridiction doivent être démystifiés, car la passivité, la réserve et la crainte qu'on leur témoigne tiennent à leur mystère et à leur ésotérisme. Le juge judiciaire est à peine connu ; quant au juge administratif, bien des gens ignorent

(37) « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », *Mélanges Dabin*, II, pp. 832-833.

(38) « Le Conseil d'Etat statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique », *Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques d'Aix-en-Provence*, 1959.

jusqu'à son existence. Seuls les milieux politiques, juridiques et les fonctionnaires, par l'intermédiaire de leurs syndicats, savent quel est son rôle et sa mission dans la défense des droits et libertés.

Le juge, d'ailleurs, n'est pas étranger à sa propre réputation. Il statue et se prononce selon une procédure, une tradition et un langage immémoriaux. A première vue, tout, à la Cour de Cassation ou au Conseil d'Etat, respire le 19^{me} siècle. Mis à part l'électricité et le parc à voitures, rien ne semble avoir changé et celui qui est admis à travailler sur place est surpris de constater qu'il dispose d'aussi peu d'éléments que dans la plus petite Faculté de province. Avant de saisir le juge, la victime dont le droit ou la liberté a été méconnu, voudrait-elle savoir si un cas semblable ou voisin s'est déjà présenté et, dans l'affirmative, combien d'exemples on relève en jurisprudence, dans quel sens le juge s'est prononcé, quels sont les éléments qui permettent d'évaluer les chances de réussite ? Rien de tout cela n'est possible actuellement, du moins à bref délai, et c'est à chacun qu'il appartient de se livrer à des recherches longues, fastidieuses et nécessairement partielles. Quand verra-t-on un ensemble électronique, à la Cour de Cassation ou au Conseil d'Etat, faire, en quelques secondes, le point de l'œuvre jurisprudentielle sur une question déterminée ? Et pourtant, autant et peut-être plus qu'en matière économique, la notion de profit n'entre-t-elle pas en jeu ici ?

Il est vrai qu'un certain dialogue s'est établi entre le juge et la doctrine, et que par ce biais se sont instaurés des formes de publicité et de vulgarisation, au sens scientifique du terme, favorables à la protection des libertés. Mais de tels contacts se bornent à mettre en rapport entre eux des spécialistes du droit et il n'existe pas de dialogue entre le juge et l'opinion publique. La seule exception concerne l'affaire « Canal » et s'explique par ses incidences dans le domaine politique. Rares sont les affaires où la grande presse commente, apprécie et discute les décisions de justice elles-mêmes (bien sûr les faits et les circonstances de certaines affaires sont longuement commentés dans la presse, mais cela ne concerne pas la décision du juge).

On assiste alors à ce paradoxe apparent : d'une part, le public ignore à peu près tout du juge, de la juridiction, des sentences rendues ; d'autre part, certaines juridictions, surtout la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat sont gênées et quelquefois paralysées en raison de leur prestige même et du trop grand retentissement que connaissent leurs sentences. L'inclusion du juge dans un système politique et sa séparation de la base, c'est-à-dire de la masse

du peuple, constituent une limite dans la protection des libertés. Le juge est considéré comme une sorte de sorcier, que l'on craint ou révère d'autant plus que les décisions qu'il prend sont plus obscures et qu'on les comprend mal. Si les citoyens ne se rendent pas compte de l'importance de son rôle dans la défense des droits et libertés, « cela ne signifie-t-il pas, écrit M. Groshens, que ce rôle a été mal rempli, ou plus précisément que ce rôle n'a été rempli qu'à l'égard de ceux qui connaissent le Conseil d'État, c'est-à-dire les membres de la classe qui nous gouverne et de la caste qui nous administre » (39). Il importe donc de cesser de s'adresser aux spécialistes et aux initiés, ou plutôt il faut s'adresser à eux en même temps qu'à l'ensemble du public, de façon que disparaisse ce que leur influence peut avoir de partial et donc de préjudiciable aux libertés de tous les citoyens.

« On pourrait même se demander, ajoute M. Groshens, si la manière dont cette élite vante les mérites du juge administratif en tant que protecteur des libertés n'est pas une sorte d'alibi au travers duquel elle essaie de se convaincre que tous les citoyens peuvent revendiquer le bénéfice de règles en fait réservées à quelques privilégiés ; à moins qu'il ne s'agisse plus banalement d'une de ces opérations magiques où ce qu'on voudrait faire est rêvé et non accompli, opération qui a le grand mérite d'être à tout le moins rassurante pour celui qui l'effectue » (40).

Même abstraction faite de l'appréciation portée sur le comportement de cette « élite », il faut convenir qu'un juge dont l'existence, la démarche intellectuelle et les pouvoirs ne sont connus que d'initiés ou de spécialistes, voit son contrôle et ses décisions subir de ce fait une limitation préjudiciable aux libertés publiques de l'ensemble des citoyens. Un très sérieux effort d'information, et même d'éducation, de l'opinion publique, doit être accompli afin que chacun soit à même de connaître la portée exacte des jugements, la mesure de ses droits et le degré de protection qu'il peut espérer de la part du juge. « On se demande, écrivait M. Ch. Debbasch, en commentant l'arrêt « Canal » s'il ne conviendrait pas mieux d'enseigner aux futurs citoyens — à tous les futurs citoyens et pas seulement aux candidats à la licence en droit — les institutions publiques plutôt que de les initier aux subtiles différences de la dentition des carnassiers et des rongeurs ou aux di-

(39) « Réflexions sur la dualité de juridiction », A.J.D.A. 1963 p. 538.

(40) *Id.*

verses étapes de l'assimilation chlorophyllienne » (41). Il est vrai qu'en ces domaines, la liberté n'existe pas, et il est beaucoup plus tentant et plus facile de les explorer que de pénétrer dans les méandres, les incertitudes et les contradictions du cœur de l'homme en quête de liberté.

CONCLUSION DU TITRE II

Malgré son efficacité sur le plan juridique, le contrôle juridictionnel comporte en lui-même certaines insuffisances, dont le juge est loin d'être seul responsable, mais qui aboutissent en pratique à limiter la garantie juridictionnelle des libertés publiques. L'absence de juridiction compétente, les difficultés de répartition des compétences entre les deux ordres de juridictions, l'origine du juge, sa place dans le système institutionnel et politique constituent, sur le plan organique, une première série d'obstacles qui peuvent rebuter ou faire hésiter la victime au moment de saisir la juridiction.

Par ailleurs, les retards dans l'instance, l'absence de caractère suspensif du recours, le jeu des règles de procédure, le refus d'exercer le recours, opposé au requérant, la non-obligation pour les autorités administratives de motiver leurs décisions lorsqu'elles s'adressent aux administrés, la portée parfois illusoire des sentences rendues, l'ignorance — certains n'hésiteraient pas à parler d'analphabétisme — des citoyens sur les droits dont ils disposent et les moyens de défense qui leur sont offerts, bref les insuffisances dans le fonctionnement même du contrôle juridictionnel ajoutent encore aux défauts de protection des libertés publiques déjà relevés. Ces insuffisances ne mettent que davantage en relief les difficultés que doit résoudre le juge et n'en donnent que plus de valeur aux perfectionnements qu'il s'efforce d'apporter dans l'exercice du contrôle juridictionnel.

(41) J.C.P. 1963.II.13063.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

Si l'image n'était pas trop osée, on pourrait affirmer que l'élaboration d'une décision de justice protectrice des droits et libertés est analogue, toutes proportions gardées, à la période de gestation qui conduit à la vie. Lorsqu'ils se penchent sur un berceau, tous les parents du monde éprouvent la légitime fierté de contempler un chef-d'œuvre et oublient non seulement ses imperfections, présentes ou futures, mais aussi tous les obstacles qui ont dû être surmontés. De la même façon, juges et juristes ont tendance à isoler le contentieux, à le considérer comme une entité à part, un tout, à se complaire dans les principes et le jeu subtil des règles de procédure, en oubliant les intérêts des particuliers et les limitations de toute sorte qui réduisent ou suppriment la garantie constituée par l'exercice du contrôle juridictionnel.

Le droit au juge est reconnu au citoyen d'une manière très générale : « tout individu, en face de l'arbitraire toujours possible du pouvoir, a droit à un juge », rappelait, il y a quelques années, un Commissaire du Gouvernement (1). Certains considèrent même depuis longtemps ce droit comme une véritable liberté publique : « Le droit d'agir en justice n'est pas un droit privé, c'est un droit public, une liberté publique » (2). De tout temps, le juge administratif a rappelé ce principe (3) et en fait une application constante (4).

Mais il y a loin de la coupe aux lèvres, et loin de cette liberté théorique, illimitée et absolue, à son expression concrète, qui est la justice garantie. Entre le moment où le juge est saisi et celui où sa décision reçoit exécution, différents obstacles surgissent, qui un à un, doivent être surmontés. On connaît la formule, devenue célèbre, du Commissaire du Gouvernement Gazier : « Lorsque dans un Etat, l'autorité constituante est volontairement équivoque, l'autorité législative systématiquement défailante, l'autorité gouvernementale perpétuellement hésitante, ce n'est pas le juge à lui seul qui peut redresser la situation » (5).

(1) M. HENRY, concl. C.E. 11 mai 1962, Salan, R.D.P. 1962 p. 549.

(2) GLASSON, TISSIER et MOREL : « Traité de procédure civile », 3^e édition 1925, I, p. 417.

(3) Cf. FAVOREU, *op. cit.*, p. 552.

(4) Voir la jurisprudence « d'Aillières » et « Dame Lamotte », précitée, Première Partie.

(5) Concl. sur C.E. 7 juillet 1950, Dehaene, D.S. 1950 p. 321.

Le juge en effet n'est pas seul en cause : il est tributaire du jeu des institutions et des imperfections du système juridictionnel. Si le contrôle qu'il exerce ne porte pas toujours ses fruits, ce n'est pas, le plus souvent, parce qu'il manque à sa mission, mais parce que des causes d'origine diverse influent sur sa démarche. L'action, solitaire ou conjuguée, des autorités législatives et gouvernementales, l'incidence des événements, l'extension des prérogatives de l'Administration, aboutissent à une modification des règles du jeu, se traduisant par une définition nouvelle de l'équilibre entre l'ordre et la liberté, et sur le plan juridictionnel, par l'instauration d'une présomption favorable au maintien de l'ordre plutôt qu'à l'exercice de la liberté.

On assiste alors à une situation surprenante, car on demande au juge de protéger les libertés, mais, de tous côtés, celui-ci se trouve empêché d'exercer cette mission ; on clame bien haut la vertu du contrôle juridictionnel, mais on s'ingénie par des voies détournées à lui enlever toute portée ; on accorde au juge de larges pouvoirs, mais on refuse de se plier à ses décisions. Ce qui lui est donné sur le plan des principes lui est repris dans la réalité. De partout, il doit se garder, car toutes sortes de menaces planent sur lui : menaces de la part du législateur, par l'extension démesurée des prérogatives accordées aux autorités administratives, entraînant une diminution des pouvoirs du juge, et par le recours aux validations législatives, privant la décision de son effet ; menaces de la part des autorités administratives, par leur intervention dans la procédure pénale, par leurs prérogatives exorbitantes, par la violation de la chose jugée, devant laquelle le juge se trouve démuné ; menaces même de la part des citoyens, qui se préoccupent davantage de savoir comment utiliser leurs loisirs que de s'informer du rôle exact de la juridiction ; menaces enfin tenant aux défaillances du système juridictionnel par la complexité des règles de compétence et de procédure, par les faiblesses inhérentes à l'organe juridictionnel.

Dès lors, on mesure ce que toute séparation, pourtant inévitable et indispensable pour la clarté de l'analyse, peut avoir d'artificiel lorsqu'elle s'applique au contrôle juridictionnel. L'efficacité et les limites de la protection qu'il assume sont intimement liées, s'éclairent mutuellement et se complètent. De même que l'efficacité de la garantie ne peut apparaître que par opposition à ses limites, de même la juste dimension de ces dernières ne peut être appréciée qu'au regard de l'efficacité du contrôle. Toute séparation brutale entre ces deux aspects ne peut aboutir qu'à une vue

partielle, et donc imparfaite, de la réalité. Il faudrait pouvoir appréhender tout à la fois et dans le même instant, l'efficacité et les limites du contrôle juridictionnel, ce qui est à peu près impossible. Néanmoins, lorsqu'on envisage tour à tour chaque aspect de la question en le replaçant dans l'ensemble de son contexte, juridique et humain, le problème de la protection des libertés publiques s'éclaire d'un jour nouveau. Au delà d'une louange excessive ou d'une critique systématique, l'effectivité du contrôle juridictionnel apparaît comme le gage de sa perfectibilité et c'est dans le cadre de cette perspective dynamique que les libertés publiques trouveront, en définitive, leur véritable garantie.

* *
*

CONCLUSION GÉNÉRALE

*« L'homme étant condamné à être libre,
porte le poids du monde tout entier
sur ses épaules. »*

J.-P. SARTRE.

S'interroger sur la garantie que constitue pour les libertés publiques le contrôle juridictionnel, c'est, une fois dégagés les éléments de réponse, transformer son expérience en conscience. Intégré à une société donnée, situé dans un ensemble institutionnel, le juge ne peut être considéré isolément ; malgré ses pouvoirs considérables, il ne constitue qu'un élément, un rouage, dans un système de garantie des libertés. Le contrôle juridictionnel s'ajoute à différents facteurs, politiques et sociaux, qui contribuent également à leur sauvegarde. Là encore, toute dissociation des problèmes ne peut que trahir et déformer la réalité.

Considérables, les pouvoirs du juge le sont en ce qu'il est chargé d'appliquer la règle de droit à l'espèce qui lui est soumise, c'est-à-dire établir la liaison entre le Droit et le fait. Mis en présence de prétentions diverses, de preuves et de témoignages, c'est à lui que revient la tâche difficile de dégager la vérité et, à cette fin, d'interpréter la loi. Ne connaissant, par sa fonction, que des cas distincts, il lui appartient de les examiner par rapport à la règle de droit générale et impersonnelle et de donner l'interprétation de celle-ci, aucune législation ne pouvant prévoir le règlement de tous les cas concrets. Il peut ainsi, d'une manière personnelle, vivante et dynamique, adapter son contrôle à la réalité quotidienne, interpréter dans un sens extensif les mesures favorables aux libertés et dans un sens restrictif celles qui leur portent atteinte, faire varier ses recherches en fonction des circonstances de temps, de lieu et de fait, entrer dans le détail, pénétrer très loin dans l'exa-

men des motifs, des mobiles, de l'opportunité. Perfectionnant sans cesse le domaine, l'étendue et la technique de ses investigations, il apparaît comme un indispensable défenseur des droits et libertés individuels.

Pourtant, si elle est nécessaire, la procédure juridictionnelle ne peut assurer parfaitement en elle-même, une garantie parfaite des libertés publiques. Non seulement le juge est tributaire du système institutionnel ou juridictionnel à l'intérieur duquel il exerce son contrôle, non seulement son action peut être paralysée par celle du Pouvoir, législatif ou gouvernemental, non seulement il demeure un homme, avec ses faiblesses et ses défaillances, mais encore et surtout, il se trouve au centre d'une contradiction qu'il ne peut résoudre à lui seul.

Les libertés publiques, en effet, n'existent que pour autant qu'elles sont exercées, et exercées librement ; abstraction faite d'un certain relent de la formule, on pourrait affirmer qu'elles ne s'usent que lorsqu'on ne s'en sert pas. Les atteintes aux libertés apparaissent dès lors, sinon comme une conséquence, du moins comme une mauvaise application ou une déformation du principe du libre exercice des libertés, lequel implique que le juge intervienne a posteriori, après que chacun ait pu, sans contrainte, agir selon sa propre détermination, sous la seule réserve de la réglementation édictée dans l'intérêt général. Qu'elles émanent des individus ou des autorités administratives, les violations des libertés sont sanctionnées a posteriori. Mais alors, censurées après coup, elles n'en ont pas moins été commises. Il faudrait que la garantie intervienne a priori, alors que le juge ne peut être saisi qu'a posteriori : là se trouve en définitive la véritable limite de la protection des libertés publiques par le contrôle juridictionnel.

Celui-ci devrait donc être complété par la mise en œuvre d'une garantie préventive des libertés publiques, qui permette leur libre exercice mais empêche qu'il leur soit porté atteinte. A cette fin, une solution pourrait être trouvée, semble-t-il, dans un rapprochement, au stade de l'élaboration de la décision, entre le point de vue de l'autorité administrative et celui de l'administré. Le dialogue, la libre discussion, l'examen réciproque des intérêts en présence aplanissent souvent les difficultés mieux qu'une procédure contentieuse. En pratique, le développement des procédures non contentieuses et la participation active des citoyens à l'élaboration des décisions administratives permettraient de réduire cette ignorance et cet antagonisme latent qui sont à l'origine de tant d'atteintes aux libertés publiques.

§ 1. - La procédure administrative non contentieuse.

La procédure administrative non contentieuse n'est guère favorable aux libertés (1). En principe, elle vise à permettre à l'Administration d'agir en recherchant le plus possible l'intérêt général, et aux administrés d'être protégés par un examen approfondi et impartial de leur situation. Mais, tout d'abord, en règle générale, la procédure présente un caractère inquisitorial et secret : en dehors de dispositions formelles en sens contraire, et celles-ci sont très rares, il n'existe à la charge de l'Administration, aucune obligation d'agir selon une procédure à caractère public. Il en résulte que les administrés ne peuvent en aucune manière obtenir communication des actes et documents par lesquels se traduit l'action de l'Administration, qu'il s'agisse de décisions, contrats, rapports d'expertise, consultations, enquêtes. Seul, un texte, là encore, peut faire fléchir ce principe : il en est ainsi du fonctionnaire qui, faisant l'objet de poursuites disciplinaires, a le droit d'obtenir communication de son dossier ; il en est de même des contribuables de la commune qui peuvent se reporter aux procès-verbaux des séances du Conseil municipal ainsi qu'au budget. Mais ces exceptions sont rares et confirmeraient plutôt la rigueur du principe.

Par ailleurs, la règle « Audi alteram partem » qui se traduit par le caractère contradictoire de la procédure, n'est pas applicable à la procédure administrative non contentieuse qui se déroule donc d'une manière unilatérale et sans que celui qui sera concerné par la décision puisse intervenir. Quant au principe des droits de la défense, il ne s'applique qu'aux mesures qui ont le caractère d'une sanction, c'est-à-dire « qui sont motivées par un grief retenu contre un individu et qui se traduisent par une atteinte aux droits et libertés de celui-ci ». Les mesures de police, si restrictives soient-elles, échappent donc normalement aux droits de la défense, puisqu'elles visent à rétablir ou à maintenir l'ordre public : ainsi en est-il par exemple, des atteintes à la liberté du commerce et de l'industrie (3), à la liberté d'aller et de venir (4)... Pourtant,

(1) Cf. J.-M. AUBY : « La procédure administrative non contentieuse », D. 1956 chr. p. 27.

(2) AUBY, *op. cit.*, p. 31.

(3) C.E. 11 décembre 1946, Dame Hubert, Rec. p. 300 : fermeture d'un débit de boisson ; C.E. 10 janvier 1962, Riveccio, Rec. p. 15 : fermeture d'un cinéma — *a contrario*.

(4) C.E. 30 janvier 1948, Ablon, Rec. p. 52 : exclusion d'un individu des champs de courses.

sous certains aspects, toutes les mesures de police constituent des sanctions au moins quant à leur résultat et à leurs conséquences. Une fois encore, se manifeste le souci du juge de ne pas gêner l'activité des autorités administratives (5).

Ainsi, secrète, inquisitoriale et unilatérale, la procédure administrative non contentieuse n'est tenue de respecter en dehors des textes le prévoyant, ni le caractère public, ni le caractère contradictoire de la procédure. Il est vrai que le juge s'est efforcé de remédier à ce que ces refus pouvaient avoir de préjudiciable pour la défense des droits et libertés, en édictant, à l'encontre de l'Administration, l'obligation de se livrer, en chaque cas, à un examen des circonstances de l'affaire (6). Mais cela ne saurait suffire à compenser l'insuffisance actuelle de la procédure administrative non contentieuse au regard de la garantie des droits et libertés qu'elle devrait assurer. Aussi conviendrait-il, afin de remédier à cette déficience, de faire participer davantage les intéressés à l'élaboration — pour ne pas dire la « confection » — des décisions prises par les autorités administratives.

§ 2. - La participation des citoyens.

La participation des citoyens apparaît comme le meilleur moyen d'assurer une garantie préventive des libertés publiques. Déjà, lorsqu'on préconise un développement et un perfectionnement des procédures non contentieuses, la notion de participation est sous-jacente à toute possibilité de progrès en ce domaine. L'idéal serait que l'individu accepte volontairement la décision qui lui est imposée du dehors sans qu'il en connaisse ni les causes ni les motifs. Certes, en pratique, il ne souscrira jamais de son plein gré à une mesure qui porte atteinte à ses libertés, mais peut-être, s'il est associé aux différentes phases de son élaboration, parviendra-t-il à la comprendre, et peut-être aussi pourra-t-il l'infléchir dans un sens qui lui soit plus favorable. En matière de libertés publiques, il n'y a pas de libération sans délibération.

Or, depuis le début de ce siècle, l'augmentation en nombre et en étendue des tâches administratives a entraîné peu à peu une absence toujours plus marquée de prise en considération des désirs, des aspirations, des intérêts des administrés. De part et d'au-

(5) Cf. ODENT : « Les droits de la défense », E.D.C.E. 1953 p. 60.

(6) Voir MÉGRET : « De l'obligation pour l'administration de procéder à un examen particulier des circonstances de l'affaire avant de prendre une décision, même discrétionnaire », E.D.C.E. 1953 p. 77.

tres, l'isolement est devenu à peu près total, ce qui se traduit nécessairement par la supériorité de celui qui exerce le pouvoir et dispose de la contrainte. Les décisions sont prises dans le secret d'un bureau, bien à l'écart et l'on s'intéresse beaucoup plus à la texture ou au contenu matériel des dossiers qu'aux problèmes humains qu'ils soulèvent ; on vise davantage à l'efficacité qu'à la connaissance de la situation des intéressés. « L'administré est en situation non de citoyen, mais de sujet » (7).

Tout lui est imposé sans qu'on s'intéresse vraiment à sa situation personnelle. Il semble être considéré comme une gêne, une inutile source de complications. On connaît la boutade qui circule dans les services administratifs dits « extérieurs » c'est-à-dire en contact avec les administrés : « Supprimons le public, et tout ira bien ». Son ironie cruelle cache mal le peu de cas que l'on fait de celui qui se trouve devant le guichet ou à qui s'adresse la décision.

Une telle attitude explique, en partie tout au moins, l'origine de bien des atteintes aux libertés : liberté de réunion, d'association, d'aller et venir, exercice du droit de grève et du droit syndical, liberté de la presse, des spectacles, du commerce et de l'industrie, droit de propriété... La tendance à l'interdiction pure et simple sera souvent la plus forte, et l'administré s'interrogera longtemps sur les raisons d'une sévérité qu'il estime ne pas devoir mériter et qui le poussera à adopter une réaction permanente et spontanée de défiance, sinon d'hostilité, à l'égard des interventions des autorités administratives. « Au fil des jours, écrit le professeur Rivero, les qui et les pourquoi se succèdent, et le sujet pris dans leur réseau, ne peut guère choisir qu'entre la révolte vaine, la soumission craintive, ou la voie moyenne de l'obéissance hargneuse, qui ne sont point attitudes de citoyens » (8).

Aussi faudrait-il que l'administré soit intégré à la préparation et à l'élaboration de la décision qui le concerne, non seulement par la voie passive de la consultation, mais encore par celle, plus active, de la collaboration. De la sorte, un dialogue et une discussion franche et ouverte s'établiraient ; chacun exposerait son point de vue, informerait le partenaire et serait à même de connaître certains éléments qui lui échappent. Ce serait là une étape, insuffisante peut-être, mais néanmoins importante, vers une limi-

(7) J. RIVERO : « A propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration », *Mélanges Savatier*, p. 822.

(8) *Op. cit.*, p. 823, *Mélanges Savatier*.

tation des atteintes aux libertés publiques. Elle compléterait en tous cas d'une manière heureuse l'exercice du contrôle juridictionnel. Certes, si le principe paraît simple, ses applications pratiques poseraient de nombreuses difficultés, la rapidité et la nécessité de l'action administrative excluant souvent toute idée de discussion ou de participation des intéressés. De plus, par nature, la décision administrative vise à satisfaire l'intérêt général, au détriment, et ceci est inévitable, de certains intérêts particuliers. Supposer une participation des administrés au pouvoir de décision des autorités administratives serait, à brève échéance, paralyser leur action. Mais précisément, ce n'est pas le pouvoir de décision lui-même qui est en cause. C'est la préparation ou l'élaboration de ladite décision, c'est-à-dire la recherche de ce minimum d'adhésion sans lequel il n'est pas de vie en société possible. Ne serait-ce que par le dépassement et l'effort de compréhension réciproque qu'elle implique, cette participation ne serait pas inutile et permettrait en tout cas au juge de se prononcer à bon escient et en toute sérénité, étant certain que les parties au litige connaissent l'étendue réciproque de leurs droits, de leurs prérogatives, ou de leurs libertés.

Ce sont donc, en dernière analyse, les progrès futurs du contrôle juridictionnel qui seraient le fruit de ce rapprochement entre administrés et autorités administratives. Depuis longtemps, le juge a montré une volonté constante de perfectionner sans cesse l'étendue du contrôle qu'il exerce sur les actes portant atteinte aux libertés, et de pousser sans cesse plus avant dans la protection des droits individuels. La participation des citoyens à l'élaboration des décisions qui les concernent donnera plus de relief encore à une évolution qu'illustrent et confirment par ailleurs les progrès réalisés sur le plan international, durant ces dernières années, par l'accès des individus aux juridictions internationales. La Cour de Justice des Communautés Européennes connaît, sous certaines conditions, des recours intentés par les particuliers : le traité de Paris, créant la C.E.C.A., permet aux entreprises ou associations d'entreprendre de saisir la Cour lorsqu'elles attaquent les décisions individuelles prises par des organes supranationaux ou lorsqu'elles invoquent le détournement de pouvoir, à l'encontre d'une décision générale ; les traités de Rome vont plus loin encore et permettent aux « personnes physiques et morales » de se pourvoir devant la Cour contre les décisions dont elles sont les destinataires ou contre les décisions qui, bien que prises sous l'apparence d'un règlement ou d'une décision adressée à d'autres personnes, les concernent directement et individuellement.

Enfin, la Commission Européenne des Droits de l'Homme peut être saisie par voie de recours individuel lorsque l'Etat dont le plaignant est originaire, a ratifié la clause facultative par laquelle il reconnaît la compétence de la Commission pour connaître des recours émanant d'une personne physique, d'une organisation non gouvernementale ou d'un groupe de particuliers se prétendant victime d'une violation par l'un des Etats signataires des droits fondamentaux garantis dans la Convention. La récente ratification de cette clause par le Royaume-Uni amènera la France à adopter bientôt la même attitude.

Ainsi, lentement, patiemment, mais de manière irréversible, s'édifie et se développe, sous différents aspects, un système de protection des libertés publiques dont le contrôle juridictionnel, au milieu des multiples transformations d'un monde en travail, demeure la pierre angulaire.

* *
*

Vu,	Vu,
<i>Le Président de la thèse :</i>	<i>Le Doyen de la Faculté de Droit</i>
ANDRÉ CASTAGNE.	<i>et des Sciences économiques</i>
	<i>de Montpellier :</i>
	G. PEQUIGNOT.

Vu et permis d'imprimer,
Le Recteur de l'Académie de Montpellier :
M. RICHARD.

BIBLIOGRAPHIE

§ 1. MATIERES

Est mentionnée dans le corps de l'ouvrage la bibliographie concernant :

- La notion d'acte juridictionnel, p. 26.
- Les principes généraux du droit, pp. 50 et 302.
- La répartition des compétences entre domaines législatif et réglementaire dans la Constitution de 1958, p. 108.
- Les ordonnances prises en vertu de l'article 38 de la Constitution, p. 120.
- L'article 16 de la Constitution de 1958, p. 142.
- Les actes de gouvernement, p. 159.
- La séparation des autorités administrative et judiciaire, p. 169.
- La répartition des compétences entre juridiction judiciaire et juridiction administrative, p. 173.
- La rupture abusive du contrat de travail, p. 182.
- Le droit de grève, p. 193 et s.; p. 304.
- La voie de fait, p. 226.
- La liberté du commerce et de l'industrie (exercice de la profession de photographe-filmeur), p. 276.
- L'emprise irrégulière, p. 289.
- La censure cinématographique et les pouvoirs du maire, p. 315.
- L'état d'urgence, p. 371.

- La Cour de Sûreté de l'Etat, p. 401.
 - Les validations législatives, p. 405.
 - Les procédés modernes d'enquête, p. 442.
 - L'inexécution ou le retard dans l'exécution des décisions de justice, p. 469.
 - Les circonstances exceptionnelles, p. 493.
 - Les circonstances économiques, p. 505.
 - L'absence de juridiction compétente, p. 521.
 - Le juge et le pouvoir politique, p. 559.
 - Les lenteurs de la procédure, p. 567.
 - Les mesures d'ordre intérieur, p. 586.
-

§ 2. AUTEURS

I. — OUVRAGES GÉNÉRAUX

- ARON : « Essai sur la liberté », Calmann-Lévy, 1965.
- AUBY-DRAGO : « Traité de contentieux administratif », L.G.D.J. 1962, 3 tomes.
- BURDEAU : « Les libertés publiques », L.G.D.J. 1966.
- BURDEAU : « Droit constitutionnel et institutions politiques », L. G.D.J. 1963.
- CARRÉ DE MALBERG : « Contribution à la théorie générale de l'Etat », 1920-1921 (tirage C.N.R.S.).
- CLUB JEAN MOULIN : « L'Etat et le citoyen », Editions du Seuil, 1961.
- COLLIARD : « Libertés publiques », Précis Dalloz, 1959.
- DUEZ-DEBEYRE : « Traité de Droit administratif », Paris 1952, mise à jour 1954.
- DUGUIT : « Traité de Droit constitutionnel », 1921-1926, 5 volumes.
- DUVERGER : « Institutions politiques », P.U.F. 1963.
- GLASSON-TISSIER et MOREL : « Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile », 3^{me} édition, 1926.
- HALÉVY : « La décadence de la liberté », Paris, Grasset 1931.

- HAMSON : « Pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel de l'Administration. Considérations sur le Conseil d'Etat statuant au contentieux », L.G.D.J. 1958.
- HAURIOU (M.) : « Précis de Droit administratif et de Droit public », 9^{me} éd. 1919.
- JÈZE : « Les principes généraux du Droit administratif », 3^{me} éd. 1925-1930, tome I.
- « La Justice », Centre d'Etudes Supérieures de Nice, 1961, P.U.F.
- LAFFERRIÈRE : « Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux », 2^{me} édition, 1896.
- LAMBERT : « Le gouvernement des juges ».
- LASKI : « La liberté », Paris, Sirey, 1938.
- DE LAUBADÈRE : « Traité élémentaire de Droit administratif », L.G.D.J. 1967, tome I, 1963 tome II, 1966 tome III.
- MORANGE : « Contribution à la théorie générale des libertés publiques », 1940.
- ODENT : « Cours de contentieux administratif », I.E.P. Paris, 1961-1962. Les Cours de Droit.
- RIVERO : « Cours de libertés publiques », 1961-62. Les Cours de Droit.
- RIVERO : « Droit administratif », Dalloz, 3^{me} édition, 1966.
- THORP : « Vues sur la Justice », Julliard 1962.
- VEDEL : « Droit administratif », Thémis, 3^{me} édition 1964.
- VEDEL : « Manuel élémentaire de Droit constitutionnel », Paris, Sirey 1948.
- VEDEL : « Introduction aux études politiques », Cours de l'I.E.P. 1961-1962.
- WALINE : « Droit administratif », 9^{me} édition, Sirey 1963.
- WALINE : « L'individualisme et le Droit », Domat Montchrestien, 2^{me} édition.
-

II. — THÈSES

- ALIBERT : « Le contrôle juridictionnel de l'Administration au moyen du recours pour excès de pouvoir », Paris 1926.
- ARDANT : « La responsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle », Paris L.G.D.J. 1956.

- BATAILLER : « Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel », Paris L.G.D.J. 1966.
- BERNARD : « La notion d'ordre public en droit administratif », Paris L.G.D.J.
- BERTRAND-CADI : « Les oppositions aux fonctions en droit pénal français », Dijon 1966 (dactylogr.).
- BOURDONCLE : « Liberté d'opinion et fonction publique en droit positif français », Paris L.G.D.J.
- BRETTON : « L'autorité judiciaire gardienne des libertés essentielles et de la propriété privée », Paris L.G.D.J., 1964.
- CAMUS : « L'état de nécessité en démocratie », Paris L.G.D.J. 1966.
- CASTAGNÉ : « Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes de police administrative », Paris L.G.D.J. 1964.
- CATHALA : « Le contrôle de la légalité administrative par les tribunaux judiciaires », Paris L.G.D.J. 1966.
- CHAPUS : « Responsabilité publique et responsabilité privée », Paris L.G.D.J. 1957.
- COLIN : « Le gouvernement des juges dans les communautés européennes », Paris L.G.D.J. 1966.
- COUZINET : « La réparation des atteintes portées à la propriété privée immobilière par les groupements administratifs », Paris 1928.
- DEBARY : « La voie de fait en droit administratif », L.G.D.J. 1960.
- DELBEZ : « La compétence contentieuse en matière d'emprises administratives sur les propriétés privées », Sirey 1926.
- DESGRANGES : « Essai sur la notion de voie de fait en droit administratif français », Poitiers 1937.
- DEBBASCH : « Procédure administrative contentieuse et procédure civile », Paris L.G.D.J. 1962.
- DUCOS-ADER : « Le droit de réquisition », Paris L.G.D.J. 1956.
- DUFAU : « La compétence juridictionnelle en matière de voie de fait administrative », Paris 1951 (dactylogr.).
- DURAND : « Les rapports entre les juridictions administrative et judiciaire », Paris L.G.D.J. 1956.
- EISENBERG : « Les actes de gouvernement en droit français », Paris 1957 (dactylogr.).

- FARJAT : « L'ordre public économique », Dijon 1962 (dactylogr.).
- FAVOREU : « Du délai de justice en droit public français », Paris L.G.D.J. 1964.
- FOURRIER : « La liberté du fonctionnaire », L.G.D.J. 1957.
- GALLAND : « Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois aux Etats-Unis », Sirey 1932.
- GOUR : « Le contentieux des services judiciaires et le juge administratif », Paris L.G.D.J. 1960.
- GOYARD : « La compétence des tribunaux judiciaires en matière administrative », Paris Domat-Montchrestien 1962.
- GROS : « Survivance de la raison d'Etat », Paris 1932.
- JEANNEAU : « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative », Poitiers 1954.
- KLEIN : « La police du domaine public », Paris L.G.D.J. 1966.
- KORNPROBST : « La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir ».
- LACHARRIÈRE (Ladreit de) : « Le contrôle hiérarchique de l'Administration dans la forme juridictionnelle », Paris 1937.
- LACROIX : « L'appréciation de la légalité des règlements administratifs par les tribunaux judiciaires », Nancy 1931.
- LANDON : « Aux sources du recours pour excès de pouvoir », Paris Sirey 1942.
- LEFEBURE : « Le pouvoir d'action unilatérale de l'Administration en droit anglais et français », Paris L.G.D.J. 1961.
- LACHAUME : « La hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public français », Paris L.G.D.J. 1966.
- LEMASURIER : « La construction de 1946 et le contrôle de constitutionnalité des lois », Paris L.G.D.J. 1953.
- LEROY : « Le concours des polices générales et des polices spéciales », Lille 1938.
- LEROY (P.) : « L'organisation constitutionnelle et les crises », Paris L.G.D.J. 1966.
- LESAGE : « Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice », Paris L.G.D.J. 1960.
- MAESTRE : « La responsabilité pécuniaire des agents publics en droit français », Paris L.G.D.J. 1962.

- MAILLOT : « La place du principe de la liberté du commerce et de l'industrie en droit administratif français », Paris 1964 (dactylogr.).
- MONTANÉ DE LA ROQUE : « L'inertie des Pouvoirs publics », Toulouse 1948.
- MORANGE : « Contribution à la théorie générale des libertés publiques », Nancy 1940.
- NIZARD : « Les circonstances exceptionnelles dans la jurisprudence administrative », Paris L.G.D.J. 1962.
- PEISER : « Le recours en cassation en droit administratif français », Nancy 1957.
- PELLETIER : « L'appréciation de la légalité des actes administratifs par le juge répressif », Paris 1952.
- PREVAULT : « L'échec du système administratif d'internement », Rennes 1953.
- RIPERT : « La liberté du commerce et le pouvoir de police du maire », Aix 1936.
- RIVERO : « Les mesures d'ordre intérieur administratives », Paris 1934.
- ROBERT : « Les violations de la liberté individuelle commises par l'Administration », Paris L.G.D.J. 1956.
- SCHEURER : « La théorie en vertu de laquelle les tribunaux judiciaires sont gardiens de la propriété privée », Grenoble 1953 (dactylogr.).
- SÉNÉCHAL : « Droits politiques et liberté d'expression des officiers des forces armées », Paris L.G.D.J. 1964.
- SOTO (J. de) : « La nullité des actes administratifs », Paris 1942.
- TARDIFF : « La police municipale », Caen 1917.
- TEITGEN : « La police municipale », Nancy 1934.
- TOURDIAS : « Le sursis à exécution des décisions administratives », Bordeaux 1957.
- VALLOTON : « Excès de pouvoir et déni de justice », Lausanne 1954.
- VARASSE : « La théorie juridique française des compétences pénales exceptionnelles », Dijon 1965 (dactylogr.).
- VASAK : « La convention européenne des Droits de l'Homme », Paris L.G.D.J. 1965.
- VECCHIERINI : « L'exception d'illégalité en France », Paris 1929.

VENEZIA : « Le pouvoir discrétionnaire », Paris 1956.

VINCENT : « Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives ».

VOUTERS : « De la règle que l'autorité judiciaire est gardienne de la propriété privée », Lille 1940.

WALINE : « L'excès de pouvoir du juge », Paris 1926.

WEIL : « Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir », Paris 1952.

WELTER : « Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative », Nancy 1929.

III. — ARTICLES, CHRONIQUES

AMSELEK : « Les vicissitudes de la compétence juridictionnelle en matière d'atteintes à la liberté individuelle », R.D.P. 1965 p. 801.

ARDANT : « Les libertés publiques, le droit français : principes et tendances du droit français, Le droit positif », t. II, p. 352, L.G.D.J. 1960.

AUBY : « Emprise irrégulière et voie de fait », J.C.P. 1955.I.1259.

AUBY : « La procédure administrative non contentieuse », D.1956 chr. p. 27.

AUBY : « Le contentieux des actes parlementaires et la loi organique du 17 novembre 1958 », A.J.D.A. 1959.I p. 106.

AUBY : « Limitations apportées à l'exercice, par le Gouvernement, de pouvoirs spéciaux », D.1960 chr. p. 45.

AUBY : « La réglementation administrative du stationnement de véhicule automobile sur les voies publiques », D.1962 chr. p. 83.

BATAILLER : « Une nouvelle technique d'économie concertée : les « quasi-contrats » pour l'exécution du plan », R.S.L.F. 1964 p. 365.

BÉNOIT : « Juridiction judiciaire et juridiction administrative », J.C.P. 1964.I.1838.

BERLIA : « Le gouvernement des juges, La Justice », P.U.F. 1961 p. 141.

BLOCH : « Droits et obligations du piéton », J.C.P. 1964.I.1850.

BONNARD : « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », R.D.P. 1923, p. 363.

- BOUFFANDEAU : « La délimitation de la compétence de la juridiction administrative par la jurisprudence du Tribunal des Conflits », Livre jubilaire du Conseil d'Etat, Sirey 1953 p. 143.
- BOURDONCLE : « La réforme de la censure des films cinématographiques », D.1961 chr. p. 103.
- BOURDONCLE : « L'arrêt Société Eky et la limitation du pouvoir constituant », S.1960, chr. p. 63.
- BRAIBANT : « Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir », E.D.C.E. 1961 p. 53.
- BRAIBANT : « L'arrêt "Syndicat Général des Ingénieurs-Conseils" et la théorie des principes généraux du Droit », E.D.C.E. 1962 p. 67.
- BUCH : « Les libertés individuelles dans la jurisprudence du Conseil d'Etat de Belgique ».
- BURDEAU : « L'évolution des techniques d'expression de l'opinion publique dans la démocratie, l'opinion publique », P.U.F. 1957 p. 139.
- CADOUX : « Les droits fondamentaux de l'individu dans la constitution indienne et l'interprétation judiciaire », R.D.P. 1960 p. 544.
- CAMERLYNCK : « Du motif exact au fallacieux prétexte ».
- CARCELLE et MAS : « La Constitution et les garanties fondamentales des fonctionnaires », R.A. 1964 p. 136.
- CHAPUS : « L'acte de gouvernement, monstre ou victime ? », D. 1958 chr. p. 5.
- CHAPUS : « De la soumission au droit des règlements autonomes », D.1960 chr. p. 119.
- CHAPUS : « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », D.1966 chr. p. 99.
- CHARLIER : « Circulaires, restrictions de service et autres prétendues mesures d'ordre intérieur administratives », J.C.P. 1954. I.1169.
- CHARMONT : « Esquisse d'une notion de l'acte juridictionnel », R.D.P. 1942 p. 93.
- CLAVEL : « Voies privées et circulation publique », J.C.P. 1964.I. 1845.

- COHEN : « La jurisprudence du Conseil Constitutionnel relative au domaine de la loi d'après l'article 34 de la Constitution », R.D.P. 1963 p. 745.
- COSTA : « Nécessité, conditions et limites d'un pouvoir judiciaire en France », R.F.S.P. 1960 p. 261.
- COSTA : « Le stationnement des véhicules en droit pénal », D.1964 chr. p. 101.
- DAVID : « Garantie des libertés individuelles et contrôle de la légalité des actes administratifs en U.R.S.S. », E.D.C.E. 1953 p. 139.
- DEBBASCH : « Les ordonnances de l'art. 38 dans la Constitution du 4 octobre 1958 », J.C.P. 1962.I.1701.
- DEBBASCH : « De la R.T.F. à l'O.R.T.F. », A.J.D.A. 1964 p. 531.
- DEBBASCH : « Déclin du contentieux administratif ? », D.1967, chr. p. 95.
- DEBRÉ : « Du gouvernement de la liberté » R.D.P., 1949 p. 21.
- DELVOLVÉ : « Une crise du principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire : la jurisprudence du Tribunal des Conflits de 1947 à 1950 », E.D.C.E. 1950 p. 20.
- DESPAX : « La vie extraprofessionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail », J.C.P. 1963.I.1776.
- DESPUJOL : « Le malaise actuel de la justice française et de ses auxiliaires », Mélanges Laborde-Lacoste p. 109.
- DETTON : « La protection par le Conseil d'Etat des droits de l'individu dans l'organisation professionnelle », E.D.C.E. 1952 p. 53.
- DI QUAL : « Une manifestation de la désagrégation du droit de propriété : la règle "ouvrage public mal planté ne se détruit pas" », J.C.P. 1964.I.1852.
- DONNEDIEU DE VABRES : « La protection des droits de l'homme par les tribunaux administratifs en France », E.D.C.E. 1949 p. 30.
- DRAGO : « L'état d'urgence et les libertés publiques », R.D.P. 1955 p. 670.
- DRAGO : « La réforme du Conseil d'Etat », A.J.D.A. 1963 p. 524.
- DUEZ : « Essai d'une définition réaliste des droits publics individuels », Mélanges Carré de Malberg, 1933, p. 111.
- DUPEYROUX : « La jurisprudence source abusive du droit », Mélanges Maury t. II p. 349.

- DUPEYROUX et LAMARQUE : « Les arrêts du Conseil d'Etat du 27 novembre 1964 et l'organisation de la Sécurité Sociale », J.C.P. 1965.I.1921.
- DURAND : « La décadence de la loi », J.C.P. 1959.I.1470.
- EISENMANN : « Le contentieux des atteintes arbitraires à la liberté et à la sécurité individuelle », R.P.D.A. 1956 p. 1.
- EISENMANN : « Le droit administratif et le principe de légalité », E.D.C.E. 1957 p. 25.
- EISENMANN et HAMON : « La juridiction constitutionnelle en droit français », Max Plank Institut, Berlin, 1962.
- FAVOREU : « Le Conseil Constitutionnel régulateur de l'activité normative des Pouvoirs publics », R.D.P. 1967 p. 5.
- FOURNIER-BRAIBANT : « Voie de fait et recours pour excès de pouvoir », A.J.D.A. 1958.II. p. 90.
- FOURRÉ-PUYBASSET : « Le changement de circonstances économiques », A.J.D.A. 1964 p. 150.
- FRÉJAVILLE : « La protection de la propriété privée et de la liberté individuelle contre les réquisitions irrégulières de logement », R.T.D.C. 1948 p. 1.
- FRÉJAVILLE : « Complications de compétence et déni de justice en matière d'expulsions », J.C.P. 1950.I.864.
- GAL : « La juridiction compétente pour connaître des atteintes aux droits fondamentaux de la personne humaine, qu'il y ait ou non voie de fait administrative », J.C.P. 1951.I.927.
- GALMOT : « Le contrôle juridictionnel des saisies d'écrits imprimés », E.D.C.E. 1959 p. 57.
- GAZIER : « Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir en 1950 », E.D.C.E. 1951.
- GENTOT : « La police des édifices menaçant ruine », A.J.D.A. 1961. I.247.
- GEORGEL : « Le préambule de la Constitution », R.D.P. 1960 p. 85.
- GERVAIS : « L'appréciation de la légalité des actes administratifs par les tribunaux judiciaires », R.D.P. 1948 p. 286.
- GILLI : « L'intervention du juge des référés en matière d'expropriation irrégulière », J.C.P. 1957.I.1634.
- GOURNAY : « Le contrôle dans l'Administration », Promotions n° 67, p. 45.

- GROSHENS : « Réflexions sur la dualité de juridictions », A.J.D.A. 1963 p. 536.
- GUILLOIS : « De l'arrêt Bonteyre à l'arrêt Barel », Mélanges Mes-tre p. 297.
- HAMON : « Quand les assemblées parlementaires ont des juges », D. 1959 chr. 253.
- HAMON : « La loi et le règlement à la recherche d'une délimita-tion », D. 1960 p. 253.
- HAMON : « L'O.R.T.F. », D. 1965 chr. p. 63.
- HAMON : « La distinction des domaines de la loi et du règlement en matière de Sécurité Sociale, de droit syndical et de droit du travail », D.S. 1964 p. 415.
- HAURIUO : « Police administrative et fond du droit », R.T.D.C. 1926.
- HEILBRONNER : « Les garanties nouvelles du contribuable », E.D. C.E. 1964 p. 31.
- HOLLEAUX : « L'administration des magistrats », R.F.S.P. 1963 p. 58.
- HOMONT : « L'appréciation de la légalité des actes administratifs individuels par le juge répressif », J.C.P. 1951.I.956 ter.
- JEANNEAU : « Autour de l'arrêt « Commune de Gavarnie » : La responsabilité du fait des règlements légalement pris », Mélanges Savatier p. 375.
- JÈZE : Signification juridique des libertés publiques », Annuaire de l'Institut International de Droit public, 1929 p. 162.
- KAHN : « L'évolution de la jurisprudence relative à la responsa-bilité du fait des lois », E.D.C.E. 1962 p. 63.
- KENIG : « La protection des libertés publiques dans le régime de l'état d'urgence », R.A. 1958 p. 19.
- KORNPROBST : « La compétence liée », R.D.P. 1961 p. 935.
- KORNPROBST : « L'erreur manifeste », D. 1965 chr. p. 121.
- LACHAUME : « La délimitation des domaines respectifs de la loi et du règlement dans le droit de l'aide sociale », Revue de l'Aide Sociale, 1962 p. 1.
- LAFERRIÈRE : « Les raisons de la proclamation de la séparation des autorités administratives et judiciaires par l'Assemblée Consti-tuante », Mélanges Négulesco p. 429.

- LAGASSE : « Liberté du travail et liberté syndicale », *Mélanges Dabin* II p. 691.
- LAHDARI : « La réparation des dommages causés par les arrestations et détentions injustifiées », *R.A.* 1952 p. 263.
- LAMARQUE : « Légalité constitutionnelle et contrôle juridictionnel des actes pris en vertu de l'article 16 », *J.C.P.* 1962.I.1711.
- LAROQUE : « Les juges français et le contrôle de constitutionnalité des lois », *R.D.P.* 1926 p. 722.
- LAVAU : « Le juge et le pouvoir politique, *La Justice* », *P.U.F.* 1961 p. 59.
- LEBOULANGER et FAUTZ : « Dialogues sur la magistrature », *J.C.P.* 1965.I.1916.
- LE BRAS : « Le Conseil d'Etat régulateur de la vie paroissiale », *E.D.C.E.* 1950.
- LE CLERE : « Les autopsies et le respect des droits de la personne humaine », *D.* 1964 chr. p. 167.
- LECLERCQ : « Le déclin de la voie de fait », *R.D.P.* 1963 p. 657.
- LEFAS : « Notes sur les réformes que suggère la jurisprudence du Conseil d'Etat statuant au contentieux », *E.D.C.E.* 1948 p. 48.
- LEFAS : « — id° — *E.D.C.E.* 1958 p. 83.
- LEMASURIER : « La preuve dans le détournement de pouvoir », *R.D.P.* 1959 p. 36.
- LETOURNEUR : « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *E.D.C.E.* 1951 p. 19.
- LETOURNEUR : « Le principe de non rétroactivité des actes administratifs », *E.D.C.E.* 1955.
- LETOURNEUR : « L'apparition de nouveaux éléments subjectifs dans le recours pour excès de pouvoir », *E.D.C.E.* 1953 p. 66.
- LETOURNEUR : « L'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir », *E.D.C.E.* 1962 p. 51.
- LETOURNEUR : « L'évolution récente de la jurisprudence administrative pour la protection des droits des citoyens », *R.I.S.A.* 1965 p. 25.
- LIET-VEAUX : « La justice administrative au ralenti », *D.* 1948 chr. p. 133.
- LIET-VEAUX : « Evolution aberrante de la procédure du silence », *R.A.* 1964 p. 253.

- LIET-VEAUX : « La mise en cause de l'Administration devant le juge pénal », R.A. 1959 p. 274.
- LUCE : « Considérations sur le fonctionnement des tribunaux administratifs », J.C.P. 1961.I.1658.
- LUCE : « Le régime juridique des autopsies », J.C.P. 1964.I.1827.
- MABILEAU : « Les libertés anglaises », Revue Jur. écon. du Sud-Ouest, 1958 p. 99.
- MABROUK : « Le régime juridique du camping », A.J.D.A. 1966 p. 388.
- MALLEVILLE : « Détermination de la compétence de juridictions administratives et des tribunaux judiciaires », J.C.A. fasc. 605.
- MALLEVILLE : « Les libertés politiques dans une république socialiste », Revue socialiste, 1960 p. 74.
- MARCEL : « La notion de matières réservées à la loi », A.J.D.A. 1958.I p. 55.
- MARTIN : « Le Conseil d'Etat sauvegarde de la démocratie », 1947.
- MATHIOT : « La théorie des circonstances exceptionnelles », Mélanges Mestre, p. 412.
- MATHIOT : « Bureaucratie et démocratie », E.D.C.E. 1961 p. 11.
- MAZÈRES : « La réforme du contentieux administratif du 30-7-63 : simple retouche ou orientation nouvelle ? », J.C.P. 1964.I. 1817.
- MEGRET : « De l'obligation, pour l'Administration, de procéder à un examen particulier des circonstances de l'affaire avant de prendre une décision, même discrétionnaire », E.D.C.E. 1953 p. 77.
- MERLE : « La convention européenne des Droits de l'Homme et les libertés fondamentales », R.D.P. 1951 p. 705.
- MESTRE : « Recherches sur l'exception d'illégalité », Mélanges Hauriou, p. 565.
- MEURISSE : « L'appréciation de la légalité des actes administratifs par les tribunaux judiciaires », G.P. 1953.2.6.
- MIMIN : « Films interdits », D. 1956 chr. p. 95.
- MONTAGNE : « Proposition de loi tendant au rattachement au Ministère de la Justice des tribunaux administratifs », A.J.D.A. 1963 p. 549.
- MONTANÉ DE LA ROQUE : « L'article 38 de la Constitution de 1958 et la loi de pouvoirs spéciaux du 4 février 1960 », Mélanges Maury t. II, p. 199.

- MORANGE : « Réflexions sur la protection accordée par le juge administratif à la liberté du commerce et de l'industrie », D. 1956 chr. p. 117.
- MORANGE : « Les principes généraux du droit sous la V^{me} République », R.D.P. 1960 p. 1188.
- MOREAU : « Police administrative et police judiciaire, recherche d'un critère de distinction », A.J.D.A. 1963.I.68.
- MOUREAU : « Notion et spécificité du contentieux administratif », Mélanges Dabin I, p. 179.
- NIZARD : « A propos de la notion de service public : un juge qui veut gouverner », D. 1964 chr. p. 147.
- ODENT : « Les droits de la défense », E.D.C.E. 1953, p. 55.
- ODENT : « De la décision Trompier-Gravier à la décision Garysas : réflexions sur une évolution de jurisprudence », E.D.C.E. 1962 p. 43.
- PAULIN : « Plaidoyer pour les tribunaux administratifs », A.J.D.A. 1964.I, p. 31.
- PELLOUX : « Sur le préambule », R.D.P. 1947, p. 346.
- PELLOUX : « Essai sur les droits de l'homme en Europe », L.G.D.J. 1959.
- PELLOUX : « Remarques sur le mot et la notion d'exécutif », Mélanges Roubier p. 369.
- PHILIP : « Les internements administratifs », D. 1962 chr. p. 135.
- PHILIP : « Pour la réhabilitation du technocrate », Promotions n° 69, p. 15.
- PINTO : « La protection des droits de l'homme par les tribunaux judiciaires en France », E.D.C.E. 1949 p. 21.
- PUISOYE : « La voie de fait administrative », S. 1962 chr. p. 53.
- PUISOYE : « Pour une conception plus restrictive de la notion d'acte de Gouvernement », A.J.D.A. 1965 p. 271.
- RÉGLADE : « L'exception d'illégalité en France », R.D.P. 1923.
- RÉGLADE : « Du prétendu contrôle de l'opportunité », R.D.P. 1925 p. 413.
- RIBAS : « L'E.N.A. et le recrutement des magistrats administratifs », E.D.C.E. 1955 p. 49.
- RICAUD : « La voie de fait », répertoire de droit public et administratif, t. II.

- RIVERO : « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif », *Mélanges Dabin II*, p. 827.
- RIVERO : « Le juge administratif français : un juge qui gouverne ? », *D.* 1951 chr. p. 21.
- RIVERO : « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *D.* 1962 chr. p. 37.
- RIVERO : « A propos des métamorphoses de l'Administration d'aujourd'hui : démocratie et administration », *Mélanges Savatier* p. 821.
- RIVERO : « Action économique de l'Etat et évolution administrative », *Revue économique* 1962 p. 886.
- RIVERO : « La technocratie : mythe, épouvantail ou panacée ? », *Annales de l'Université de Poitiers* 1962 p. 3.
- RIVERO : « Syndicalisme et pouvoir démocratique », *D.S.* 1965 p. 166.
- ROBERT : « Propos sur la liberté de la Presse », *D.* 1964 chr. p. 189.
- ROCHE : « Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence », *A.J.D.A.* 1962 p. 532.
- ROLLAND et ALLEHAUT : « L'indépendance de la magistrature et la défense des libertés individuelles », *Revue Banque et Bourse* 1962 p. 107.
- SANDEVOIR : « Le Conseil d'Etat et la réforme de 1963 », *R.A.* 1963 p. 579.
- SAVATIER : « L'ordre public économique », *D.* 1965 chr. p. 37.
- SECHÉ : « La protection de la moralité dans le régime de la presse », *J.C.P.* 1964.I.1849.
- SILVERA : « Le statut de l'O.R.T.F. », *R.A.* 1964 p. 482.
- SIORAT : « Les sujétions imposées aux citoyens par la Défense nationale », *R.D.P.* 1960 p. 461.
- DE SOTO : « Recours pour excès de pouvoir et interventionnisme économique », *E.D.C.E.* 1952 p. 64.
- THIBAUT : « Les contrats fiscaux », *D.* 1964 chr. p. 115.
- TIMSIT : « Compétence liée et principe de légalité », *D.* 1964 chr. p. 216.
- TOURDIAS : « L'efficacité du recours pour excès de pouvoir en matière d'expropriation », *J.C.D.* 1961.I.1634.

- TUNC : « Les tendances de la Cour Suprême des Etats-Unis en matière de libertés publiques », R.D.P. 1952 p. 421.
- VEDEL : « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein », J.C.P. 1948. I.682.
- VEDEL : « La déclaration universelle des Droits de l'Homme », D.S. 1949 p. 372.
- VEDEL : « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser et réparer la voie de fait administrative », J.C.P. 1950.I.851.
- VIATTE : « L'assignation à résidence », J.C.P. 1961.I.1636.
- VIDAL : « L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative », R.D.P. 1952 p. 292.
- VIRALLY : « L'introuvable acte de gouvernement », R.D.P. 1952 p. 317.
- WAHL : « Aux origines de la nouvelle Constitution », R.F.S.P. 1959 p. 30.
- WALINE : « Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », R.D.P. 1930 p. 209.
- WALINE : « Etendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'Administration », E.D.C.E. 1956.
- WALINE : « Eléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle », R.D.P. 1928 p. 445.
- WALINE : « Où en sont nos libertés publiques ? », R.A. 1964 p. 466.
- WALINE : « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », Mélanges Dabin I, p. 359.
- WEIL (G.) : « Les premiers résultats de la réforme du contentieux administratif », E.D.C.E. 1957 p. 131.
- WEIL (P.) : « Le Conseil d'Etat statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique ? », Annales Aix-en-Provence 1959 n° 51, p. 281.
-

IV. — NOTES DE JURISPRUDENCE

- AUBY : sous T.C. 5 juillet 1951 Avranches et Desmarets S. 1952 III, p. 1.
- AUBY : sous C.E. 2 décembre 1960 Dame Franc D. 1962 p. 6.

- AUBY : sous C.E. 15 février 1961 Werquin J.C.P. 1961 II 12259.
- AUBY : sous T.C. 25 novembre 1963 Commune de Saint-Just-Chaleyssin et époux Pelé J.C.P. 1964.II.13493.
- AUBY : sous C.E. Ass. 10 janvier 1964, Ministre de l'Agriculture c/Simonnet S. 1964 p. 234.
- AUBY : sous C.E. 27 novembre 1964 Ministre des Finances c/V^{ve} Renard D. 1965 p. 632 .
- BERLIA : sous C.E. Ass. 2 mars 1962 Rubin de Servens R.D.P. 1962 p. 288.
- BOURDONCLE : sous C.E. Ass. 2 mars 1962 Rubin de Servens S. 1962 p. 147.
- BRAIBANT : sous C.E. 26 novembre 1954 Van Peborgh, A.J.D.A. 1954.II.486.
- BRETTON : sous T.C. 16 novembre 1964 Clément R.A. 1965 p. 265.
- CHAPUS : sous C.E. 21 décembre 1960 Premier Ministre c/Vicat-Blanc D.1961 p. 421.
- DEBBASCH : sous C.E. 24 juin 1960 Société Frampar et Société France-Editions et Publications, S. 1960 p. 48.
- DEBBASCH : sous C.E. 19 octobre 1962 Canal, Robin et Godot, J.C.P. 1963.II.13068.
- DEBBASCH : sous Trib. adm. Paris 30 septembre 1963 De Crémiers J.C.P. 1964.II.13577.
- DEBBASCH : sous Trib. Civ. Seine 8 mai 1963 Société Fermière Libération c/Papon J.C.P. 1963.II.13394.
- DEBBASCH : sous C.E. Ass. 22 novembre 1963 Dalmas de Polignac D. 1964 p. 161.
- DEBBASCH : sous Paris 3 juin 1964 J.C.P. 1964.II.13833.
- DEBBASCH : sous C.E. 24 avril 1964 Société L.I.C. D.1964 p. 665.
- DEBBASCH : sous Cour d'Appel Orléans 15 juin 1966 Etat Français, Genebrier et Lahilonne c/Le Nouvel Observateur, J.C.P. 1967. II.15104.
- DEMICHEL : sous C.E. 6 novembre 1963 Ville du Mans, D. 1964 p. 533.
- DEMICHEL : sous T.C. 16 novembre 1964 Clément, et C.E. 13 novembre 1964 Ministre de l'Intérieur c/Livet, D. 1965 p. 668.
- DRAGO : sous C.E. 11 mai 1951 Baud S. 1952.III.13.

- DRAGO : sous C.E. Ass. 16 décembre 1955 Dame Bourokba D. 1956 p. 396.
- DRAGO : sous C.E. 22 avril 1966 Société Union Africaine de Presse, J.C.P. 1966.II.14805.
- DUFAU : sous C.E. 25 juin 1954 Escorbier A.J.D.A. 1954.II.477.
- EISENMANN : sous C.E. 6 novembre 1936 Arrighi D.P. 1938.III.2.
- EISENMANN : sous C.E. 7 avril 1947 Alexis et Wolff D. 1948 p. 472.
- EISENMANN : sous T.C. 27 mars 1952 Dame de la Murette D. 1954 p. 291.
- EISENMANN : sous C.E. 17 avril 1953 Falco et Vidaillac D. 1953 p. 680.
- EISENMANN : sous C.E. 28 mai 1954 Barel R.P.D.A. 1954 p. 149.
- EISENMANN : sous T.C. 28 mars 1955 Préfet du Lot-et-Garonne R.P.D.A. 1956 p. 1.
- FABRE : sous C.E. 6 juin 1947 Société provençale de constructions navales J.C.P. 1947.II.3899.
- FRÉJAVILLE : sous T.C. 30 octobre 1947 Barinstein J.C.P. 1947. II.3966.
- FRÉJAVILLE : sous T.C. 18 décembre 1947 Hilaire D. 1948 p. 62.
- FRÉJAVILLE : sous T.C. 12 mai 1949 Dumont c/Bonnel J.C.P. 1949.II.4908.
- FROMONT : sous C.E. 21 novembre 1961 Fédération Nationale des syndicats de police de France et d'Outre-Mer, D. 1962 p. 424.
- GABOLDE : sous C.E. 26 novembre 1954 Van Peborgh D. 1955 p. 89.
- GALABERT et GENTOT : sous C.E. 2 mai 1962 Caucheteux et Desmont A.J.D.A. 1962 p. 421.
- GOUR : sous C.E. Ass. 24 juin 1960 Société Frampar, J.C.P. 1960. II.11743.
- GRAWITZ : sous T.C. 27 mars 1952 Dame de la Murette, S. 1952. III.81.
- HAMON : notes diverses sous décisions du Conseil Constitutionnel, depuis 1959 (aux recueils Sirey et Dalloz).
- HAMON : sous C.E. 21 novembre 1961 Fédération Nationale des Syndicats de Police de France et d'Outre-Mer, S. 1963 p. 59.

- JOSSE : sous T.C. 17 février 1947 Perrin D. 1947 p. 134.
- P.L.J. : sous T.C. 30 octobre 1947 Barinstein D. 1947 p. 476.
- P.L.J. : sous T.C. 4 juillet 1948 Manufacture de velours et peluches et Société Velvétia, D. 1948 p. 377.
- P.L.J. : sous T.C. 17 mars 1949 Société Hôtel du Vieux Beffroi, D. 1949 p. 209.
- LALUMIÈRE : sous C.E. 14 juin 1963 Epoux Hébert, D. 1964 p. 326.
- LANGAVANT : sous T.C. 16 novembre 1964 Clément J.C.P. 1965. II.14286.
- LAROQUE : sous T.C. 4 juillet 1934 Curé de Réalmont c/Maire de Réalmont, S. 1935.III.97.
- LASSALE : sous C.E. 8 avril 1961 Dame Klein, S. 1961 p. 249.
- DE LAUBADÈRE : sous C.C. 8 septembre 1961, A.J.D.A. 1961 p. 543.
- DE LAUBADÈRE : sous C.E. 19 octobre 1962 Canal, Robin et Godot, A.J.D.A. 1962 p. 612.
- DE LAUBADÈRE : sous C.E. Ass. 19 juin 1964 Société des Pétroles Shelle-Berre, A.J.D.A. 1964 p. 438.
- LAVROFF : sous C.E. 23 octobre 1959 Doublet, D. 1960 p. 191.
- LECLERCQ : sous T.C. 20 novembre 1961 Société Charbonnages et Electricité du Sud-Est, J.C.P. 1962.II.12458.
- L'HUILLIER : sous C.E. 12 février 1960 Société Eky, D. 1960 p. 264.
- LIET-VEAUX : sous C.E. 29 juillet 1950 Comité de défense des libertés professionnelles des experts-comptables, R.A. 1950 p. 471.
- LIET-VEAUX : sous T.C. 27 mars 1952 Dame de la Murette, R.A. 1952 p. 268.
- LIET-VEAUX : sous C.E. 17 octobre 1952 Syndicat climatique de Briançon, R.A. 1952 p. 591.
- LIET-VEAUX : sous C.E. 28 mai 1954, R.A. 1954 p. 393.
- LIET-VEAUX : sous T.C. 10 décembre 1956 Randon, R.A. 1958 p. 29.
- LIET-VEAUX : sous C.E. Ass. 10 octobre 1958 Union de la propriété bâtie de France, D.A. 1958 p. 624.
- LIET-VEAUX : sous C.E. 19 octobre 1962 Canal, Robin et Godot, R.A. 1962 p. 626.
- LIET-VEAUX : sous C.E. 22 avril 1966 Tochou et Ministre de l'Intérieur c/Mony, R.A. 1966 p. 277.

LYON-CAEN : notes diverses commentant la jurisprudence de la Cour de Cassation relative à la liberté du travail et à la liberté syndicale.

LYON-CAEN : sous Cass. Soc. 19 juin 1963 D. 1963 p. 686.

LYON-CAEN : sous Trib. Inst. Besançon, D. 1963 p. 753.

MAESTRE : sous Cour d'Appel Paris 3 juin 1964 Papon et Agent Judiciaire du Trésor c/Société Fermière Libération, D. 1965 p. 98.

MATHIOT : sous T.C. 17 juin 1948 Manufacture de velours et peluches, D. 1950 p. 1.

MATHIOT : sous T.C. 17 mars 1949 Société Hôtel du Vieux Beffroi, S.1950.III p. 1.

MATHIOT : sous C.E. 28 mai 1954 Barel S. 1954.III.97.

MESTRE : sous C.E. 19 mai 1933 Benjamin S. 1934.III p. 1.

MESTRE : sous C.E. 7 avril 1947 Alexis et Wolff, J.C.P. 1947.II. 4006.

MESTRE : sous T.C. 30 octobre 1947 Barinstein, S. 1948.III.1.

MESTRE : sous C.E. 25 juin 1948 Société du Journal L'Aurore, J.C.P. 1948.II.4427.

MORANCE : sous C.E. 22 décembre 1950 Dupuis Desbrosses, D. 1951 p. 547.

MORANCE : sous C.E. 28 mai 1954 Barel, D. 1954 p. 594.

MOREAU : sous C.E. 16 novembre 1964 Préfet de l'Hérault, AJDA. 1965, p. 302.

PHILIP : sous C.C. 20 janvier 1961, S. 1961 p. 164.

RIVERO : sous C.E. 7 février 1936 Jamart S. 1937.III.113.

RIVERO : sous C.E. 29 juillet 1950 Comité de défense des libertés professionnelles des experts-comptables, D.S. 1950 p. 391.

RIVERO : sous C.E. 9 mars 1951 Société des Concerts du Conservatoire, D.S. 1951 p. 368.

RIVERO : sous T.C. 9 juillet 1953 Nardon, Delaître, Bernadas, J. C.P. 1953.II.7797.

RIVERO : sous T.C. 19 mai 1954 Office publicitaire de France, J. C.P. 1954.II.8382.

ROBERT : sous C.E. Ass. 24 juin 1960 Société Frampar, D. 1960 p. 744.

- TEITGEN : sous C.E. 28 octobre 1960 Martial de Laboulaye, D.S. 1961 p. 141.
- TOUSCOZ : sous C.E. Ass. 10 janvier 1964 Ministre de l'Agriculture c/Simonnet, D. 1964 p. 414.
- VEDEL : sous T.C. 24 juillet 1947 Gérony, J.C.P. 1947.II.3875.
- VEDEL : sous T.C. 13 décembre 1947 Hilaire, S. 1948.III p. 12.
- VEDEL : sous Trib. Civil d'Aubusson, référés, 5 février 1948 Nivet c/Héritier, J.C.P. 1948.II.4224.
- VEDEL : sous C.E. Ass. 2 novembre 1951 Tixier et C.E. 8 juin 1951 Dreyfus-Schmidt, J.C.P. 1952.II.6810.
- VEDEL : sous Trib. Civil Seine 5 décembre 1952 Dr Giry, J.C.P. 1953.II.7372.
- VEDEL : sous Cass. Civ. 5 mai 1954 Etat Français c/Lelièvre, J.C. P. 1954.II.8236.
- VEDEL : sous Cass. Crim. 28 mai 1959 Bouazza Ahmed, J.C.P. 1959.II.11 152.
- VEDEL : sous C.E. 12 février 1960 Société Eky, J.C.P. 1960.II. 11629 bis.
- VEDEL : sous Cour d'Appel Douai 3 janvier 1962 Lenfant et Trib. civil Lyon 20 novembre 1961, Baud J.C.P. 1962.II.12560.
- VEDEL : sous C.E. 23 janvier 1963 Bovero, J.C.P. 1963.II.13326.
- VITU : sous C.E. Ass. 3 février 1956 Pétalas, J.C.P. 1956.II.9184.
- WALINE : sous T.C. 8 avril 1935 Action Française, D.P. 1935.3.25.
- WALINE : sous C.E. 28 mars 1947 Gombert, R.D.P. 1947 p. 95.
- WALINE : sous T.C. 30 octobre 1947 Barinstein, R.D.P. 1948 p. 86.
- WALINE : sous T.C. 19 juin 1948 Manufacture de Velours et Peluches et Société Nelvétia, R.D.P. 1948 p. 581.
- WALINE : sous C.E. 25 juin 1948 Société du journal L'Aurore, D. 1948 p. 437.
- WALINE : sous T.C. 12 mai 1949 Dumont, R.D.P. 1949 p. 371.
- WALINE : sous C.E. 18 novembre 1949 Carlier, R.D.P. 1950 p. 95.
- WALINE : sous T.C. 2 février 1950 Radiodiffusion française, R.D. P. 1950 p. 418.
- WALINE : sous C.E. 17 février 1950 Ministre de l'Agriculture c/Dame Lamotte, R.D.P. 1951 p. 478.
- WALINE : sous C.E. 29 juillet 1950 Comité de défense des libertés professionnelles des experts-comptables, R.D.P. 1951 p. 212.

WALINE : sous C.E. 23 novembre 1951 Société Nouvelle d'Impri-
merie, R.D.P. 1951 p. 1098.

WALINE : sous T.C. 27 mars 1952 Dame de la Murette, R.D.P.
1952 p. 757.

WALINE : sous C.E. 29 juin 1951 Syndicat de la Raffinerie de Sou-
fre française, D. 1951 p. 661.

WALINE : sous C.E. 28 mai 1954 Barel, R.D.P. 1954 p. 509.

WALINE : sous Cass. Civ. 30 novembre 1955 Guislain R.D.P. 1956
p. 564.

WALINE : sous T.C. 10 décembre 1956 Randon R.D.P. 1957 p.
883.

WALINE : sous C.E. 15 février 1961 Werquin, R.D.P. 1961 p. 1253.

WALINE : sous C.E. 2 mai 1962 Caucheteux et Desmont, R.D.P.
1963 p. 279.

WALINE : sous C.E. 22 février 1963 Commune de Gavarnie, R.D.P.
1963 p. 1019.

WALINE : sous C.E. Ass. 10 janvier 1964 Ministre de l'Agriculture
c/Simonnet, D. 1964 p. 414.

WEIL : sous C.E. Ass. 22 juin 1951 Préfet de Police c/Chevallier-
Tedeschi, D. 1952 p. 5.

WEIL : sous C.E. 10 décembre 1954 Cru et autres, D. 1955 p. 198.

WEIL : sous C.E. 18 décembre 1959 Sté des Films Lutétia, D.
1960 p. 171.

WEIL : sous C.E. 15 février 1961 Werquin D. 1961 p. 611.

WEIL : sous C.E. 8 avril 1961 Dame Klein, D. 1961 p. 621.

V. — CONCLUSIONS

BARBET : sur C.E. 29 juin 1951 Syndicat de la raffinerie du soufre
français, S. 1952.III.33.

BERNARD : sur C.E. Ass. 30 mars 1962 Association Nationale de la
Meunerie, D. 1962 p. 630 ; S. 1962 p. 178.

BERNARD : sur C.E. 19 octobre 1962 Brocas, R.D.P. 1962 p. 1185.

BERNARD : sur C.E. 23 octobre 1964 d'Oriano R.D.P. 1965 p. 282.

BRAIBANT : sur C.E. 1^{er} juillet 1960 F.N.O.S.S. et Fradin D. 1960
p. 690.

BRAIBANT : sur C.E. 15 février 1961 Werquin R.D.P. 1961 p. 321.

BRAIBANT : sur C.E. 15 décembre 1961 Chiaretta, R.A. 1961 p. 44.

- BRAIBANT : sur C.E. 13 juillet 1962 Conseil National de l'Ordre des Médecins, R.D.P. 1962 p. 739.
- BRAIBANT : sur C.E. 28 septembre 1962 Jourde et Malleville, D. 1963 p. 62.
- BRAIBANT : sur C.E. 27 novembre 1964 Fédération Générale des Syndicats Chrétiens de Cheminots, D. 1964 p. 761.
- CAHEN-SALVADOR : sur C.E. 26 décembre 1925 Rodière, R.D.P. 1925 p. 32.
- CÉLIER : sur C.E. 22 novembre 1946 Mathian, D. 1947 p. 131.
- CÉLIER : sur C.E. 7 avril 1947 Alexis et Wolff, S. 1948.III.101.
- CHARDEAU : sur C.E. 17 octobre 1952 Syndicat Climatique de Briançon, Rec. p. 445.
- CHARDEAU : sur C.E. 10 décembre 1954 Andréani et Desfont, R.P. D.A. 1955 p. 30.
- CHARDEAU : sur C.E. 30 janvier 1959 Grange, Rec. p. 85.
- CHARDEAU : sur C.E. Ass. 16 décembre 1955 Dame Bourokba, Rev. Jur. et Pol. de l'Union Française 1956, p. 347.
- CHARDEAU : sur C.E. 26 octobre 1960 Rioux, Rec. p. 558.
- CHARDEAU : sur C.E. 25 novembre 1963 Commune de Saint-Just-Chaleyssin, Rec. p. 793.
- CHARDENET : sur C.E. 19 février 1909 Abbé Olivier, Rec. p. 181.
- CORNEILLE : sur C.E. 6 août 1915 Delmotte et Senmartin, Rec. p. 276.
- COSTA : sur Cass. Crim. 21 déc. 1961 Dame Le Roux, D. 1962 p. 102.
- DAYRAS : sur C.E. 3 juin 1938 Société « La Cartonnerie et Imprimerie Saint-Charles » S. 1939.III. p. 9.
- DAYRAS : sur C.E. 12 novembre 1938 Chambre Syndicale des Constructeurs de Moteurs d'Avions, D. 1939.3.12.
- DELVOVÉ : sur T.C. 17 mars 1949 Société Hôtel du Vieux Beffroi, D. 1949 p. 209.
- DELVOVÉ : sur T.C. 30 juin 1949 Nogier D. 1950 p. 13.
- DELVOVÉ : sur C.E. 17 février 1950 Ministre de l'Agriculture c/Dame Lamotte, R.D.P. 1951 p. 478.
- DELVOVÉ : sur C.E. 11 mai 1951 Baud, S. 1952.3.13.
- DELVOVÉ : sur T.C. 7 juin 1951 Noualek, Rec. p. 636.

- DONNEDIEU DE VABRES sur C.E. 17 avril 1953 Falco et Vidaillac, R. D.P. 1953 p. 448.
- DUTHEILLET DE LAMOTHE sur C.E. 1^{er} déc. 1961 Lacombe, D. 1962 p. 89.
- FOURNIER : sur C.E. 26 juin 1959 Syndicat Général des Ingénieurs-Conseils, R.D.P. 1959 p. 1004.
- FOURNIER : sur C.E. 18 mai 1960 Karle, Rec. p. 333.
- FOURNIER : sur C.E. 9 juillet 1965 Voskresensky, A.J.D.A. 1965 p. 603.
- GALMOT : sur C.E. 27 novembre 1964 Ministre des Finances c/V^{re} Renard, Rec. p. 590.
- GALMOT : sur C.E. 22 avril 1966 Tochou et Ministre de l'Intérieur c/Mony, R.D.P. 1966 p. 584.
- GALMOT : sur C.E. 22 avril 1966 Société Union Africaine de Presse. J.C.P. 1966.II.14805.
- GAZIER : sur C.E. 7 juillet 1950 Dehaene, R.D.P. 1950 p. 691.
- GAZIER : sur C.E. 22 juin 1951 Daudignac, D. 1951 p. 592.
- GÉGOUT : sur T.C. 24 mai 1965 Roche c/Ville d'Amiens, J.C.P. 1965.II.14366.
- GRÉVISSE : sur C.E. 7 février 1958 Syndicat des propriétaires de forêts de chênes-liège d'Algérie, A.J.D.A. 1958.II.130.
- GUIONIN : sur T.C. 10 décembre 1956 Randon, Rec. p. 592.
- HENRY : sur C.E. 8 avril 1961 Dame Klein, D. 1961 p. 587.
- HENRY : sur C.E. 2 mars 1962 Rubin de Servens, R.D.P. 1962 p. 288.
- HENRY : sur C.E. 11 mai 1962 Salan, R.D.P. 1962 p. 549.
- HEUMANN : sur C.E. 26 octobre 1956 Association des Combattants de la Paix, R.D.P. 1957 p. 540.
- HEUMANN : sur C.E. Ass. 24 juin 1960 Société Frampar, Rec. p. 412.
- HEUMANN : sur C.E. 24 novembre 1961 Electricité de Strasbourg c/Schaub, R.D.P. 1962 p. 339.
- HEUMANN : sur C.E. 28 octobre 1960 Martial de Laboulaye, A.J. D.A. 1961 p. 20.
- JACOMET : sur C.E. 10 décembre 1954 Cru et autres, D. 1955 p. 198.
- JOSSE : sur T.C. 8 avril 1935 Action Française, Rec. p. 1226.

- KAHN : sur C.E. 12 février 1960 Société Eky, S. 1960 p. 131.
- KAHN : sur C.E. 15 octobre 1965 Préfet de Police c/ Alcaraz, Dame Tanasijevic et autres, A.J.D.A. 1965 p. 662.
- LAURENT : sur C.E. 2 avril 1954 Petronelli, R.P.D.A. 1954 p. 98.
- LAURENT : sur C.E. Ass. 16 mars 1956 Garrigou, D. 1956 p. 253.
- LANDRON : sur C.E. 25 mars 1955 Fédération Départementale des Chasseurs du Finistère, Rec. p. 177.
- LEDoux : sur Cass. 1^{er} février 1956 D^{lles} Flavien, D. 1956 p. 365.
- LETOURNEUR : sur C.E. 25 juin 1948 Société journal L'Aurore, S. 1948.3.49.
- LETOURNEUR : sur C.E. 9 mars 1951 Société des Concerts du Conservatoire, D.S. 1951 p. 368.
- LETOURNEUR : sur C.E. 23 novembre 1951 Société Nouvelle d'Imprimerie, d'éditions et de publicité, R.D.P. 1951 p. 1087.
- LETOURNEUR : sur C.E. 28 mai 1954 Barel, Rec. p. 308.
- LONG : sur C.E. 14 février 1958 Abisset, Rec. p. 98.
- MAYRAS : sur C.E. 11 mai 1959 Dauphin, S. 1959 p. 117, D. 1959 p. 314.
- MAYRAS : sur C.E. 18 décembre 1959 Société Les Films Lutétia, S. 1960 p. 94.
- MÉRIC : sur C.E. 14 juin 1963 Epoux Hébert, Rec. p. 364.
- MICHEL : sur C.E. 19 mai 1933 Benjamin, S. 1934.3.1, et D. 1933.3.354.
- ODENT : sur C.E. 29 juillet 1950 Comité de défense des libertés professionnelles des experts-comptables, R.D.P. 1951 p. 212.
- ODENT : sur T.C. 2 février 1950 Radiodiffusion française, S. 1950.3.73.
- ODENT : sur C.E. 27 mai 1949 Véron-Réville, G.P. 1949.2.34.
- PÉPY : sur Cass. Crim. 11 mai 1949 Procureur Général près la Cour d'Appel de Colmar, D. 1949 p. 26.
- ROUJOU : sur C.E. 14 janvier 1938 Société des Produits Laitiers La Fleurette, S. 1938.3.25.
- TRICOT : sur C.E. 29 janvier 1954 Notre-Dame du Kreisker, R.P. D.A. 1954 p. 50.
- TRICOT : sur C.E. 18 juin 1958 Syndicat des grossistes en matériel électrique de la région de Provence, D. 1958 p. 656.

Préface	I
INTRODUCTION	1
§ 1 De la liberté aux libertés publiques	2
§ 2 Les dangers courus par les libertés publiques	4
§ 3 Le problème de la protection des libertés publiques	8
I Contrôle non juridictionnel	8
a) Contrôle populaire	8
b) Contrôle général exercé par les organes du ministère public	10
II Les garanties théoriques : le cadre du contrôle juridictionnel	11
1) le phénomène démocratique	12
2) la séparation des pouvoirs	13
3) le principe de légalité	13
III Le contrôle juridictionnel	16
A Proximité du contrôle juridictionnel	16
B Diversité des libertés publiques	16
1. sur le plan juridique	16
2. en raison de leur spécificité : essai de classification	17
3. interpénétration et solidarité des libertés publiques	18
C Le problème de l'effectivité du contrôle juridictionnel	18
* Lignes directrices de l'étude	19

PREMIÈRE PARTIE

L'EFFICACITE DE LA PROTECTION DES LIBERTES PUBLIQUES PAR LE CONTROLE JURIDICTIONNEL 23

INTRODUCTION	La notion de fonction juridictionnelle	25
1.	Le contrôle juridictionnel, individualisation de la garantie	25
2.	L'objet de la fonction juridictionnelle	27
3.	Les conditions d'exercice de la fonction juridictionnelle : définition organique	27
4.	Les conditions d'exercice de la fonction juridictionnelle : combinaison des critères organique et matériel	30
5.	Les traits fondamentaux de la fonction juridictionnelle	32

TITRE PREMIER

LA GARANTIE DES LIBERTES PUBLIQUES PAR L'OBJET DU CONTROLE JURIDICTIONNEL 35

Sous-Titre Premier

	LES RÈGLES GÉNÉRALES	37
<i>Section I.</i>	Violation d'une liberté émanant d'un particulier	37
Par. 1.	Délimitation entre l'activité administrative et l'activité des particuliers	38
Par. 2.	Intervention de l'Administration dans les relations entre particuliers	39
<i>Section II.</i>	Violation d'une liberté émanant du pouvoir	39
Par. 1.	La Constitution	39
Par. 2.	La Loi	40
Par. 3.	Les actes de l'Administration : leur classification ..	41
1.	d'après leur objet	42
2.	d'après leur formation	42
3.	d'après leur auteur	42
4.	d'après leur forme et leur auteur	44
5.	les décisions individuelles	44

Sous-Titre II

	LES DIFFICULTÉS D'APPLICATION ET L'APPORT POSITIF DU JUGE ...	47
CHAPITRE I ^{er} .	— <i>Le juge et l'application de la loi</i>	49
<i>Section I.</i>	Les tendances générales du contrôle	49
1.	Le principe : interprétation stricte d'une disposition de	

loi portant atteinte à une liberté publique	49
2. Son application en jurisprudence	52
<i>Section II. Délimitation du domaine législatif sous la Constitution de 1958</i>	55
Sous-Section I. Le mécanisme constitutionnel	56
Par. 1. Incursions du Parlement dans le domaine réglementaire	57
Par. 2. Empiètement du Gouvernement dans le domaine législatif	58
Sous-Section II. L'œuvre jurisprudentielle	59
Par. 1. Le Conseil Constitutionnel	60
1° Les règles	60
a) concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques	60
b) concernant les droits civiques	62
c) concernant les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat	63
1. recrutement	63
2. perte de la qualité de fonctionnaire ..	64
d) concernant la création de nouveaux ordres de juridiction	66
2° Les principes fondamentaux	68
a) de la Sécurité Sociale	69
b) du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales	71
c) du droit du travail	73
Par. 2. Le Conseil d'Etat	74
1. Les règles	75
a) concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques	75
b) concernant la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables	77
c) concernant la création de nouveaux ordres de juridiction	80
d) concernant les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat	82
2. Les principes fondamentaux	85
a) du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales	85

b) du droit du travail, du droit syndical et de la Sécurité Sociale	94
1. Droit du travail	94
2. Sécurité Sociale	96
— décret n° 60-453	96
— décret n° 60-451	97
— décret n° 60-452	101
Conclusion du Chapitre 1 ^{er}	108
CHAPITRE II. — Le juge et le pouvoir réglementaire	113
Section I. Le juge et le contrôle du pouvoir réglementaire normal	114
Par. 1. Mesures prises pour l'exécution des lois	114
Par. 2. Pouvoir réglementaire complémentaire, résiduel	115
Par. 3. Pouvoir réglementaire autonome	116
Section II. Le juge et les extensions du domaine réglementaire...	119
Par. 1. Le contrôle des ordonnances prises en vertu de l'ar- ticle 38 de la Constitution	120
A Les applications de l'article 38	120
B Le contrôle juridictionnel	122
C Son effectivité	131
Par. 2. Le contrôle des autres ordonnances et des décisions prises en application de l'article 16	134
§ 1. Les ordonnances prises en vertu d'une loi référé- rendaire	134
§ 2. Les décisions prises en vertu des pouvoirs de l'ar- ticle 16	142
a) Le danger pour les libertés publiques	143
b) Le contrôle juridictionnel	146
c) Les confirmations jurisprudentielles	154
§ 3. Les ordonnances prises en vertu de l'article 92 ..	155
CHAPITRE III. — Les actes non soumis à contrôle juridictionnel	157
Par. 1. Actes législatifs	157
Par. 2. Actes dont le contentieux ne relève pas des juridic- tions françaises	158
Par. 3. Actes de gouvernement	159
Conclusion du Titre premier	163

TITRE II

LA GARANTIE DES LIBERTES PUBLIQUES PAR L'ETENDUE DU CONTROLE JURIDICTIONNEL	167
INTRODUCTION	167
§ 1. Ordre et liberté	167

§ 2. Les deux principes opposés	170
---------------------------------------	-----

Sous-Titre Premier

L'ÉTENDUE DU CONTRÔLE EXERCÉ PAR LE JUGE JUDICIAIRE	173
--	-----

CHAPITRE 1 ^{er} . — <i>Atteinte aux libertés émanant de personnes privées</i> ..	175
---	-----

Section I. Actes accomplis par les particuliers	175
---	-----

Section II. Liberté du travail et liberté syndicale	176
---	-----

Par. 1. Au cours du travail	176
-----------------------------------	-----

Par. 2. Congédiement	180
----------------------------	-----

§ 1. Contrat à durée déterminée	180
---------------------------------------	-----

§ 2. Contrat à durée indéterminée : rupture abusive	181
---	-----

1. Liberté du mariage	183
-----------------------------	-----

2. Liberté syndicale	184
----------------------------	-----

3. Droit de grève	186
-------------------------	-----

A Faute lourde	186
----------------------	-----

B But de la grève	192
-------------------------	-----

C Modalités de la grève	198
-------------------------------	-----

4. Liberté d'opinion	201
----------------------------	-----

a - violations directes	202
-------------------------------	-----

b - violations indirectes	208
---------------------------------	-----

1. pression du personnel de l'entreprise	208
---	-----

2. pression d'une autorité administrative ...	211
---	-----

Conclusion du Chapitre 1 ^{er}	213
--	-----

1. Extension de la notion de faute de l'employeur	213
---	-----

2. Extension de la notion d'abus du droit de résiliation	215
---	-----

CHAPITRE II. — <i>Atteinte aux libertés émanant de l'Administration</i>	219
--	-----

Section I. La compétence judiciaire par détermination de la loi	220
---	-----

Par. 1. L'article 112 C.I.C.	220
-----------------------------------	-----

Par. 2. L'article 136 C.P.P.	222
-----------------------------------	-----

Section II. La compétence judiciaire par détermination du juge :	
--	--

la voie de fait	226
-----------------------	-----

Par. 1. La prétendue « théorie » de la voie de fait	228
---	-----

§ 1. Absence de règles objectives et aptitude du juge administratif	228
---	-----

§ 2. La protection des libertés fonde parfois la compétence judiciaire	231
--	-----

§ 3. Le juge administratif protecteur de droit commun des libertés	233
--	-----

Par. 2. Les cas de voie de fait pour violation des libertés publiques	235
---	-----

1. Sécurité individuelle	236
--------------------------------	-----

2. Liberté du domicile	236
3. Droit à la sépulture	238
4. Secret de la correspondance	239
5. Liberté de la presse	241
6. Liberté d'affichage	251
7. Liberté d'écoute	252
8. Liberté du commerce et de l'industrie	253
9. Liberté des cultes	255
Par. 3. La sanction de la voie de fait	255
A prévention	256
B cessation	256
C réparation	257

Sous-Titre II

L'ÉTENDUE DU CONTRÔLE EN CAS DE PARTAGE DE COMPÉTENCES ENTRE LA JURIDICTION JUDICIAIRE ET LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE	259
CHAPITRE 1 ^{er} . — <i>Compétences concurrentes</i>	261
Section I. Concurrence pour déterminer si l'acte est ou non consti- tutif de voie de fait	261
Section II. Concurrence dans l'appréciation de la légalité des actes administratifs portant atteinte aux libertés publiques..	265
Par. 1. Juridictions judiciaires	265
Par. 2. Juridictions répressives	268
§ 1. Fondement	268
§ 2. Domaine	272
1 Atteinte à la liberté individuelle	272
2 Atteinte à la liberté des cultes	272
3 Atteinte à la liberté de la presse	273
4 Atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie	273
§ 3. Les cas de contradiction de jurisprudence	275
Conclusion	280
CHAPITRE II. — <i>Compétences spécialisées</i>	283
Section I. Répartition des compétences en vertu d'un texte	284
Par. 1. Atteinte à la propriété privée	284
Par. 2. Les internements d'aliénés	285
Section II. Répartition des compétences en l'absence d'un texte....	288
Par. 1. Atteinte à la propriété privée	288
§ 1. délimitation du domaine public naturel	288
§ 2. emprise irrégulière	289

Par. 2. Les internements administratifs	292
<i>Sous-Titre III</i>	
L'ÉTENDUE DU CONTRÔLE EXERCÉ PAR LE JUGE ADMINISTRATIF	295
CHAPITRE 1 ^{er} . — <i>Le contentieux de la légalité</i>	297
Section I. Le contrôle des mobiles	297
§ 1. Acte étranger à tout intérêt public	298
§ 2. Fin d'intérêt public étrangère au maintien de l'ordre public	299
§ 3. Détournement de procédure	299
Section II. Le contrôle des motifs	300
Par. 1. La portée du contrôle	301
A Extension de la notion de légalité	301
B Restriction des pouvoirs des autorités administratives..	307
1. Contrôle minimum	308
2. Contrôle de la qualification juridique des faits....	311
3. Contrôle de l'opportunité	312
Par. 2. Les modalités techniques du contrôle	319
A Contrôle des motifs par examen des pièces du dossier	319
I Fondement de l'appréciation : examen des pièces	319
a séparément	319
b dans leur ensemble : la preuve	320
II La rigueur des vérifications	322
B Contrôle des motifs en dehors de l'examen des pièces du dossier	327
a Le système de présomptions	328
1. présomption d'insuffisance des motifs de police	328
2. présomption d'existence des motifs de police..	330
3. présomption d'inexistence ou d'absence des motifs de police	331
b son fondement	332
CHAPITRE II. — <i>Le contentieux de la responsabilité</i>	335
Section I. Acte illégal	335
Section II. Acte légal	336
Par. 1. Décisions individuelles	337
Par. 2. Actes réglementaires	339
§ 1. Réparation du préjudice causé par la législation....	339
a. principe	339

b. applications récentes favorables aux libertés : les arrêts « Bovero » et « Commune de Gavarnie »	341
§ 2. Responsabilité de la puissance publique en raison des dommages causés par les attroupements	344
<i>Section III.</i> Carence des autorités administratives	346
Par. 1. Pouvoirs de police du maire	347
Par. 2. Service public municipal	348
Par. 3. Actes réglementaires	349
Conclusion du Titre II	353
Conclusion de la 1 ^{re} Partie	354

DEUXIÈME PARTIE

LES LIMITES DE LA PROTECTION DES LIBERTES PUBLIQUES PAR LE CONTROLE JURIDICTIONNEL

INTRODUCTION	361
--------------------	-----

TITRE PREMIER

LES LIMITES D'ORIGINE EXTERNE AU CONTROLE JURIDICTIONNEL

Sous-Titre Premier

L'INTERVENTION DU LÉGISLATEUR	365
CHAPITRE 1 ^{er} . — <i>L'intervention du législateur en temps de crise</i>	367
<i>Section I.</i> Extension législative des pouvoirs de police	367
Par. 1. Régime de l'état de siège	368
Par. 2. Régime de l'organisation de la Nation en temps de guerre	369
Par. 3. Régime de l'état d'urgence	371
§ 1. Modalités	371
§ 2. Limite du contrôle juridictionnel	373
Par. 4. Régime des pouvoirs spéciaux	377
§ 1. Modalités	377
§ 2. Limite du contrôle juridictionnel	379
Par. 5. Régime des pouvoirs exceptionnels de l'article 16	383
§ 1. Le Tribunal des Conflits	384
§ 2. Le Conseil d'Etat	385
<i>Section II.</i> Les juridictions exceptionnelles	390
Par. 1. Historique	390
I. Révolution et Empire	391
II. Le 19 ^{me} siècle	391

III. L'Occupation	391
IV. La Libération	392
V. La IV ^m e République	392
VI. La V ^m e République	393
A Le Gouvernement	393
B Le Président de la République	394
1 article 16	394
2 pouvoirs référendaires	395
Par. 2. Le défaut de protection des libertés	397
A Le dessaisissement des juridictions de droit commun ...	399
B La sévérité des règles de procédure	401
CHAPITRE II. — <i>La pratique des validations législatives</i>	405
Section I. Le champ d'application des validations législatives	406
Par. 1. Les libertés publiques	406
§ 1. Sûreté individuelle	406
§ 2. Droit de propriété	407
§ 3. Liberté du commerce et de l'industrie	408
§ 4. Droit de propriété et liberté du domicile	409
Par. 2. Les droits de certaines catégories de personnes	410
§ 1. Fonction Publique	411
§ 2. Domaine budgétaire et fiscal	417
Section II. Les effets des validations législatives	423
§ 1. Critiques d'ensemble	423
§ 2. Affaiblissement du pouvoir judiciaire	426
Section III. L'évolution dans la jurisprudence	428
Par. 1. La position traditionnelle du juge	428
Par. 2. La jurisprudence contemporaine	431
§ 1. L'arrêt « Fédération Nationale des Syndicats de police »	431
§ 2. L'arrêt « Lacombe »	432
Conclusion du Chapitre II	435

Sous-Titre II

L'INTERVENTION DE L'ADMINISTRATION

CHAPITRE 1 ^{er} . — <i>L'intervention de l'Administration en cours d'instance</i> ..	439
Section I. L'Administration auxiliaire du pouvoir judiciaire	440
Par. 1. Limitation des droits de la défense	440
a. violences physiques	441
b. violences morales	442

Par. 2. Le déroulement de l'instruction	442
a. l'arrestation	443
b. l'information	445
c. la détention préventive	446
Section II. L'intervention de l'Administration à titre principal	449
Par. 1. Les pouvoirs d'instruction criminelle du préfet	450
Par. 2. L'internement des aliénés	452
Par. 3. L'internement administratif	453
I. Les textes et leur application	454
a. L'internement administratif en liaison avec les cir- constances de la deuxième guerre mondiale	454
b. L'internement administratif en liaison avec les évé- nements d'Algérie	456
1. Les textes	456
2. Leur application	458
II. L'insuffisance du contrôle juridictionnel	461
a) durant la deuxième guerre mondiale	461
b) en relation avec les événements d'Algérie	462
Par. 4. L'expulsion des étrangers	465
Conclusion du Chapitre 1 ^{er}	467
CHAPITRE II. — <i>L'inexécution ou le retard dans l'exécution des décisions de justice par l'Administration</i>	469
Section I. Les diverses formes de la méconnaissance de l'autorité de la chose jugée	470
Par. 1. Décision identique	471
Par. 2. Inertie	471
Par. 3. Manque de crédits	473
Par. 4. Exécution tardive et insuffisante	474
Section II. Les solutions	477
Par. 1. Les solutions actuelles	477
§ 1. Directives émanant du juge administratif	477
§ 2. Les décrets de juillet 1963	480
Par. 2. Les solutions non appliquées	482
A Responsabilité personnelle des fonctionnaires	482
B Pouvoir de substitution des autorités de tutelle	483
C Injonctions	484
D Astreintes	486

E Substitution du juge	488
Conclusion du Chapitre II	489
<i>Sous-Titre III</i>	
L'INCIDENCE DES ÉVÉNEMENTS	491
CHAPITRE 1 ^{er} . — <i>Les circonstances exceptionnelles</i>	493
Section I. Le domaine du contrôle	493
Par. 1. La limite du contrôle	494
Par. 2. Le champ d'application du contrôle	496
I. Liberté individuelle	496
II. Liberté d'aller et venir	498
III. Droit de propriété et liberté du domicile	498
IV. Liberté de la presse	499
V. Liberté du travail et droit de grève	499
VI. Liberté du commerce et de l'industrie	500
VII. Liberté d'écoute de la radiodiffusion	501
Section II. La portée du contrôle	501
CHAPITRE II. — <i>Les circonstances économiques</i>	505
§ 1. Principe d'égalité et intérêt général	506
§ 2. La notion de « changement de circonstances »	510
§ 3. Extension aux services publics industriels et commerciaux et au secteur privé	513
Conclusion	514
Conclusion du Titre I	514

TITRE II

LES LIMITES INHERENTES AU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL	517
--	-----

Sous-Titre I

LES LIMITES DANS L'ORGANISATION DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL ..	519
CHAPITRE 1 ^{er} . — <i>Les limites tenant à l'absence de juridiction compétente</i>	521
Section I. Le juge ordinaire	523
Par. 1. Interprétation des actes législatifs	523
Par. 2. Indemnisation	524
Par. 3. Régularité de la loi	526
Section II. Le Conseil Constitutionnel	526
Par. 1. La saisine	527

Par. 2. La portée du contrôle	529
CHAPITRE II. — <i>Les limites tenant à l'existence d'une dualité de juridictions</i>	533
Section I. Le principe de l'existence d'une dualité de juridictions n'est pas en cause	534
Par. 1. Inadaptation du juge judiciaire	535
a) inaptitude juridique	535
b) inaptitude pratique	537
Par. 2. Nécessité d'une juridiction spécialisée	538
Section II. Les difficultés dues aux modalités d'application du principe	542
Par. 1. Les difficultés	543
Par. 2. Recherche d'un élément de solution	545
a) Portée exacte des critiques	545
b) Raisons de la solution	547
c) Solution proposée	548
CHAPITRE III. — <i>Les limites tenant à l'organe juridictionnel</i>	551
Section I. Raisons d'ordre institutionnel	551
Section II. Raisons d'ordre sociologique	553
Par. 1. La fonction juridictionnelle	553
Par. 2. L'origine sociale des magistrats	555
Section III. Raisons d'ordre politique	559
Conclusion du Sous-Titre I	563
<i>Sous-Titre II</i>	
LES LIMITES DANS LE FONCTIONNEMENT DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL ..	565
CHAPITRE 1 ^{er} . — <i>Les limites dans le déroulement de la procédure</i>	567
Section I. Absence de caractère suspensif des recours juridictionnels	567
Par. 1. Etendue de cette limite	568
Par. 2. Exclusion du référé et du sursis à l'exécution	569
§ 1. Le référé	570
§ 2. Le sursis à l'exécution	571
Section II. Lenteur dans le déroulement de la procédure	574
Par. 1. Retard dans les décisions de justice	574
a) Champ d'application	574
b) Les efforts du juge	577
Par. 2. Le jeu des règles de procédures	581
Conclusion du Chapitre 1 ^{er}	583
CHAPITRE II. — <i>Les limites dans la portée de la décision</i>	585
Section I. Insuffisance de certaines solutions jurisprudentielles ...	585

Par. 1. Suppression du recours : les mesures d'ordre intérieur ..	586
§ 1. Fondement	586
§ 2. Domaine	589
a) mesures d'ordre intérieur militaires	590
b) dans l'enseignement	591
c) dans les établissements pénitentiaires	592
Par. 2. Non obligation, pour l'Administration, de motiver ses décisions	593
§ 1. La règle	593
§ 2. L'effort du juge : le libéralisme en matière de preuve	596
Par. 3. Effet théorique du contrôle juridictionnel	598
Section II. Insuffisance des moyens d'information	601
Conclusion du Titre II	604
Conclusion de la Deuxième Partie	605
CONCLUSION GÉNÉRALE : Place du contrôle juridictionnel	609
§ 1. La procédure administrative non contentieuse	611
§ 2. La participation des citoyens	612
BIBLIOGRAPHIE : § 1. Matières	617
§ 2. Auteurs	618

LIBRAIRIE GÉNÉRALE
DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

PARIS — 1195

Dépôt légal : 1^{er} trimestre 1968

